Die Gesinnungsstrafe der Modernen.

Inaugural-Dissertation

genehmigt

von der hohen juristischen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München,

vorgelegt von

Rudolf Lenert

aus Edenkoben.

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1911.

EDENKOBEN.
Buchdruckerei von H. Mietens.
1911.

Die Gesinnungsstrafe der Modernen.

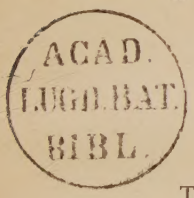
Inaugural-Dissertation

genehmigt

von der hohen juristischen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München,



vorgelegt von

Rudolf Lenert

aus Edenkoben.

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1911.

EDENKOBEN.
Buchdruckerei von H. Mietens.
1911.

Meinem Vater

dankbar gewidmet.

Referent: Geheimrat von Ullmann.

Vorwort.

Es ist mir eine angenehme Pflicht, dem Korreferenten Herrn Geheimrat von Birkmeyer, von welchem ich die Anregung zur nachfolgenden Arbeit empfing, meinen ergebensten Dank hiemit auszusprechen. Geheimrat von Birkmeyer, mein hochverehrter Lehrer des Strafrechts und der Rechtsphilosophie, hat mir in liebenswürdigster Weise bei der Aufstellung des Planes der Arbeit willkommene Anregungen gegeben, und seine vortrefflichen Vorlesungen über Strafrecht und Rechtsphilosophie und insbesondere seine in und außerhalb der Vorlesungen gegebenen Ausführungen über den Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch waren mir dankbare Hilfsmittel. Leider vermochte ich einem Wunsche des Herrn Korreferenten, in der Arbeit im Anschluß an die Ausführungen über die Gefährlichkeit als Strafgrund der modernen Gesinnungsstrafe auf den Unterschied zwischen Schuld und Gesinnung etwas einzugehen, nicht zu entsprechen. Die Modernen bezeichnen mit Schuld einen Begriff, der mit dem hergebrachten Begriff Schuld absolut nichts zu tun hat. Eine Parallele zwischen jener Schuld im Sinne der Modernen, welche die Freiheit des Willens negieren, und dem Begriff Gesinnung im Sinne der klassischen Schule, der einer Rechtslehre angehört, die voll und ganz basiert auf der Willensfreiheit, dürfte daher in keiner Weise irgendwelches Interesse beanspruchen, da die beiden Vergleichsobjekte ihrem ganzen Wesen nach völlig verschieden sind. Das Eingehen in diesen Vergleich würde zudem der Aufgabe der Arbeit fern liegen. Aus diesen Gründen mußte ich es mir leider versagen, dem Wunsche des hochverehrten Herrn Korreferenten zu entsprechen.

Der Verfasser.

Die Gesinnungsstrafe der Modernen.

Inhaltsübersicht.

Einl.: Nur aus der deterministischen Grundauffassung der Modernen heraus kann das Prinzip ihrer Gesinnungsstrafe verstanden werden. Sein Inhalt und seine Tragweite erhellen allein aus seinen Konsequenzen, nicht aber aus den Leistungen der Modernen.

I. Kapitel: Das Prinzip der Gesinnungsstrafe der Modernen und die aus ihm sich notwendig ergebenden Konsequenzen.
- § 1. Zweck und Gegenstand der Gesinnungsstrafe.
- § 2. Einteilung der Verbrecher und der Strafmittel auf Grund der antisozialen Gesinnung.
- § 3. Art und Maß der Gesinnungsstrafe.
- § 4. Die Schuld im Gesinnungsstrafrecht.
- § 5. Die Zurechnungsfähigkeit im Gesinnungsstrafrecht.

II. Kapitel: Die für die Lehre vom Verbrechen aus dem Prinzip der Modernen sich ergebenden Konsequenzen insbesondere.
- § 6. Die Symptome der antisozialen Gesinnung (Gedankenschuld).
- § 7. Das begangene Verbrechen ein Symptom der Gesinnung.
- § 8. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Verbrechens.
- § 9. Besonderer Teil.
- § 10. Verjährung.

III. Kapitel: Formell rechtliche Konsequenzen.
- § 11. Der moderne Prozeß.
- § 12. Der moderne Richter.

Schluß: Das Gesinnungsstrafrecht der Modernen ist in Wahrheit kein Strafrecht. Seine Einführung bedeutete notwendig die Beseitigung des Strafrechts.

Nach der glücklich vollendeten Schaffung eines einheitlichen bürgerlichen Rechtes für das ganze deutsche Reich hat sich die Aufmerksamkeit der Juristen wie Nichtjuristen mit ganzer Kraft dem Strafrecht zugewandt, um hier eine dem modernen Rechtsgefühle besser Rechnung tragende gesetzliche Regelung herbeizuführen. So ist es gekommen, wie von vielen Seiten schon hervorgehoben wurde, daß der längst unter den Strafrechtstheoretikern entbrannte heftige Kampf um das neue Strafrecht sein Gepräge als bloßer Schulstreit verloren und zu einem Kampfe aller Kräfte im Volke sich ausgewachsen hat. Aber immerhin vollzieht sich auch heute noch das Ringen nach jenen Grundsätzen, welche die Strafrechtstheorien des ausgehenden 19. Jahrhunderts für ihre Reformbestrebungen aufgestellt haben. In zwei gewaltige Heerlager sehen wir mit wenigen Ausnahmen die streitbaren Recken geteilt, beide siegesbewußt und bis zum Aeußersten entschlossen. Von beiden Streitteilen soll uns hier nur der eine beschäftigen, den man die moderne oder jungdeutsche Schule zu nennen pflegt. Die Vertreter dieser Schule sehen die Hauptschwäche des bestehenden Rechts in der fast ausschließlichen Betonung des äußeren Erfolges der Tat und in der nahezu völligen Außerachtlassung der inneren Gesinnung des Täters.[1]) Demgegenüber fordern sie, daß nicht der Tat, sondern der Person des Täters ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werde. „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen", das ist, wie von Birkmeyer in seinen Studien 1909[2]) ausführt, der Hauptgrundsatz der Modernen.[3]) Mit dieser Forderung treten sie in schärfsten Gegensatz zur sogenannten klassischen Schule, von der sie behaupten, daß sie fast ausschließlich den äußeren Erfolg der Tat berücksichtige, dagegen

[1]) von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 1905 Bd. II, S. 377.

[2]) von Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der Modernen Richtung im Strafrecht „nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen." 1909 (Heft VII der Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform, hrg. von Birkmeyer und Nagler).

[3]) ähnlich von Overbeck, die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der Modernen Strafrechtsschule 1909 (Heft IV der Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform) Seite 1.

auf die Gesinnung des Täters so gut wie gar kein Gewicht lege. Wenn man nun hört, daß ein so hervorragender Vertreter der klassischen Schule wie von Birkmeyer es als eine Hauptforderung bei der kommenden Reform betrachtet, daß mehr Gewicht als bisher auf die „Persönlichkeit und Gesinnung des Täters“ gelegt wird[1]), und wenn man vernimmt, wie der Führer der Modernen von Liszt diesen Ausspruch von Birkmeyers als die schärfste Bezeichnung des Kernpunktes ihres ganzen Reformprogrammes erklärt[2]), da vermag man als Fernstehender gar nicht zu begreifen, wie da noch von einem erbitterten Kampf zweier verschiedener Weltanschauungen gesprochen werden kann. Man möchte von Liszt recht geben, daß es sich nur um ein verschiedenes „Tempo“ bei dem Reformwerke handle. In der Tat ist die Forderung der Modernen, an Stelle des äußeren Erfolges der Tat die innere Gesinnung des Täters ausschlaggebend zu berücksichtigen, in gar keiner Weise geeignet, den Gegensatz beider Theorien auch nur einigermaßen erkenntlich zu machen. Das Vergeltungsrecht will (wenigstens prinzipiell) nicht den äußeren Erfolg der Tat strafen, und das, was bei den Modernen den Gegenstand der Strafe bildet, hat mit der Gesinnung nur den Namen gemein. Aber ganz abgesehen davon, der eigentliche Gegensatz ist ein völlig anderer. Nicht dort Tatstrafe, hier Gesinnungsstrafe, nicht dort Vergeltungstrafe, hier Schutzstrafe sind die grundlegenden Gegensätze, sondern dort Indeterminismus, hier Determinismus. Mögen immerhin von Liszt und andere unermüdlich versichern, daß der Streit um die Strafzwecke nichts zu tun habe mit dem Streit um die Willensfreiheit.[3]) Es ist Tatsache, daß die Anhänger der Vergeltungsidee mit wenigen Ausnahmen dem Indeterminismus huldigen, während die Verteidiger des Schutzzweckgedankens nahezu ausnahmslos den Determinismus auf ihre Fahne geschrieben haben.[4]) Und die wenigen Deterministen, die dem Vergeltungsrecht das Wort reden, sind zum mindesten sehr zweifelhafte Deterministen. So sagt selbst von

[1]) Archiv für Strafrecht und Strafprozess, begründet von Goltdammer Bd. 48 S. 77.

[2]) Aufsätze II 367/368.

[3]) Horst Kollmann, in Aschaffenburgs Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 6 Jhrg. 1906 S 362, wendet sich gegen die Behauptung, dass es kaum möglich sein dürfte, den Streit der Strafrechtstheorien mit der Annahme bezw. Negierung der Willensfreiheit in notwendige Beziehung zu bringen. Nach ihm liegt vielmehr „gerade hier der Punkt, aus welchem die Hoffnungslosigkeit der Streitlage verstanden werden kann.“

[4]) cf. Kahl, Das neue Strafgesetzbuch, Vortrag gehalten in der Gehestiftung 1907 (Neue Zeit- und Streitfragen hrg. von der Gehestiftung zu Dresden 4. Jhrg. Heft VI) S. 11.

Liszt von Mittelstädt, der bewußter Determinist in der Vergeltung den Zweck der Strafe sieht: „Aber ist Mittelstädt auch wirklich Determinist? Ich muß gestehen, daß mir die Antwort auf die Frage zweifelhaft ist. . . . Ist seine Fassung etwa wirklich mehr wert als Bindings und anderer „ursachlose Willensentscheidung?““[1]) Van Calker, der gleichfalls die Freiheit des Willens leugnet, aber doch ein Vergeltungsstrafrecht postuliert, hat erst jüngst anläßlich einer Kritik des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch erklärt: „Auch wenn man das Gesetz der Kausalität als eine Kategorie unseres Erkennens . . . . auf die Erkenntnis der menschlichen Willensbildung anwendet, kann und muß man meines Erachtens die Verantwortlichkeit letztlich auf die Freiheit des Ichs gründen.“[2]) Wer aber die Freiheit des Ichs anerkennt, ist doch in Wahrheit kein Determinist! Wenn von Liszt immer wieder betonen zu müssen glaubt, daß es für die Stellungnahme zur Frage nach dem Strafzwecke gleichgültig sei, ob man sich zum Determinismus oder Indeterminismus bekenne, so stehen damit seine folgenden Ausführungen in unvereinbarem Widerspruch: „Für den folgerichtigen Deterministen bleibt einzig und allein die Zweckstrafe übrig“.[3]) „Für das Strafrecht gibt es keine andere Grundlage als den Determinismus“.[4]) „Der folgerichtige Determinismus führt notwendig zur völligen uneingeschränkten Verwerfung der Vergeltungsstrafe, zur ausschließlichen und rückhaltlosen Anerkennung der Zweckstrafe“.[5]) „Ohne Wahlfreiheit weder Schuld noch Vergeltung“.[6]) Ob also Schuld oder Verantwortlichkeit und damit Vergeltung oder nicht, das hängt davon ab, ob wir an der Willensfreiheit festhalten oder sie leugnen. Nicht der Streit um Wesen und Zweck der Strafe, sondern die Stellungnahme zur Freiheit des Willens ist die primär bedeutsame Auffassung, aus der die Stellungnahme zum Streit um Wesen und Zweck der Strafe sich mit Notwendigkeit ergibt. So sehen wir denn auch, daß sich das Prinzip der Gesinnungsstrafe der Modernen vollständig auf deterministischer Grundlage aufbaut, und nur eine durch Bestreitung dieser Tatsache und durch den Wunsch möglichster Anknüpfung an das bestehende Strafrecht hervorgerufene Inkonsequenz hat zu bewirken vermocht, daß die Modernen untreu ihrem Prinzipe zu

[1]) Aufs. II. 40/41.

[2]) van Calker, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herg. von Liszt (ZS) Bd. XXX (1909) S. 284.

[3]) Aufs. II. 20 und 49.

[4]) Aufs. II. 39 und 85.

[5]) Aufs. II. 52.

[6]) Aufs. II. 20.

Resultaten gekommen sind, die eigentlich nur von indeterministischem Standpunkte aus sich ergeben können. Auf die grundlegende Bedeutung gerade dieses Gegensatzes mußte bereits einleitend hingewiesen werden, da sonst die Gegensätzlichkeit beider Strafrechtsrichtungen in ihrer vollen Schärfe gar nicht erkannt zu werden vermag und es sonst ganz unbegreiflich erscheint, daß eine konsequente Durchführung des Prinzipes der Modernen zu vom bisherigen Rechte gänzlich abweichenden Resultaten führen muß. Uebrigens hat erst jüngst von Liszt, das Haupt der Modernen, in einem Artikel in den Münchener Neuesten Nachrichten vom 15. Nov. 1909, in welchem er sich zur Stellung des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen äußert, selbst anerkannt, daß der Gegensatz zwischen Indeterminismus und Determinismus der grundlegende sei. Er spricht dort davon, daß im Vorentwurf die „ungeheuerliche" Forderung vereinzelter Vergeltungstheoretiker, die Lehre des Indeterminismus anzunehmen und zu proklamieren, „selbstverständlich" unerfüllt geblieben sei, die Verfasser des Vorentwurfes sich vielmehr einer ausdrücklichen Stellungnahme zu den Lehren vom Indeterminismus und Determinismus enthalten haben. Direkt daran anschließend fährt von Liszt fort: „Folgerichtig hat der Entwurf auch nicht eine bestimmte Theorie, etwa die Vergeltungstheorie, seinen Bestimmungen zu Grunde gelegt". Damit ist doch klipp und klar zugegeben, daß die Stellungnahme zum Streit um die Strafzwecke sich ergibt aus der Stellungnahme zu der Lehre von der Willensfreiheit, daß letztere die prinzipielle ist, aus der erstere mit Notwendigkeit folgt. Würden die beiden Schulen auf indeterministischem Boden stehen, dann könnte es sich nur um die Abgrenzung des dem Vergeltungs- i. e. Strafrecht zustehenden Gebietes gegenüber der Verbrechensprophylaxe handeln. Insbesondere hätte sich die Frage darum zu drehen, wie weit ein Zustand sog. verminderter Zurechnungsfähigkeit anzuerkennen sei. Alle übrigen Auseinandersetzungen würden sich innerhalb des Burgfriedens des Vergeltungsrechtes abspielen. Aber damit, daß sich die moderne Richtung auf deterministischen Boden stellte, mußte sie jeden Vergeltungsgedanken aufgeben und sich mit einer Tätigkeit gegenüber dem Verbrechen begnügen, die allenfalls mit der indeterministischen Verbrechensprophylaxe einige Aehnlichkeit besitzt, nie aber, wie wir noch sehen werden, eine strafrechtliche genannt werden darf. Wenn trotzdem alle die brennenden Fragen des geltenden Rechts, wenn vor allem die verminderte Zurechnungsfähigkeit bei den Modernen eine so eifrige Unter-

suchung und Bearbeitung erfuhr, so liegt dies sicherlich nicht daran, daß das von ihnen aufgestellte Prinzip zur Lösung dieser Fragen besonders drängte, sondern findet seine Erklärung in der vielfachen Inkonsequenz und in der Unsicherheit in Bezug auf ihre Grundauffassung. Darum geht es auch nicht an, wie Liepmann[1]) dies tut, von denen, welche die neue Richtung bekämpfen wollen und zu diesem Zwecke die Verkehrtheit ihres Prinzipes und die jeder Wirklichkeit widersprechenden und undurchführbaren Konsequenzen aus demselben zum Objekte ihres Angriffes wählen, zu verlangen: „Wer gegen die neue Richtung zu Felde ziehen will, hat ihre Leistungen zu berücksichtigen". Mit Recht weist von Birkmeyer diese Zumutung zurück.[2]) Völlig verfehlt wäre es, die Leistungen der Modernen als Erfolge oder Siege ihres Prinzipes zu bezeichnen und die Billigung mancher ihrer Vorschläge bedeutet nichts weniger als auch nur eine Spur von Anerkennung ihres Grundgedankens. Um zu sehen, wie weit die allseitig gebrachten Reformvorschläge jeweils der Grundauffassung der modernen bezw. der klassischen Richtung entsprechen, wäre es unbedingt von Nöten, einmal jedes der beiden Prinzipien in allen aus ihm mit Notwendigkeit sich ergebenden Konsequenzen darzulegen. Dann wäre die Warte errichtet, von der aus man klaren Blickes das Erfolg versprechende Arbeitsgebiet der einen wie der anderen Richtung zu überschauen und zu würdigen vermöchte. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil der Gesetzgeber seinem Werke ganz unbedingt ein bestimmtes Prinzip zugrunde legen muß, um bei allen Zweifelsfragen, die im Strafprozeß wie im Strafvollzug immer wieder auftauchen, den betreffenden Organen eine nie versagende Richtschnur zu geben. „Ein Strafgesetzbuch", sagt von Birkmeyer in einem Artikel in den M. N. N. vom 8. Nov. 1909, in welchem er zu der Stellung des Vorentwurfes zum Schulenstreit das Wort ergreift, „darf nicht auf mehreren Grundideen über Verbrechen und Strafen aufgebaut sein, wenn es nicht in der Theorie schwere Zweifel hinsichtlich der wissenschaftlichen Konstruktion und in der Praxis schwere Unsicherheit in der Auslegung und Anwendung seiner Bestimmungen hervorrufen soll". Kohler[3]) betont mit Recht: „Die Wissenschaft ist nicht etwa bloß heranzuziehen, um Bände über den heutigen Stand des Strafrechts zu schreiben. Ihr gehört vor allem das legislative Gebiet". Hört man dagegen von Liszt sagen: „Der Entwurf eines Gesetzes ist kein wissen-

[1]) ZS. Bd. 28 S. 16.
[2]) Studien 9.
[3]) Goltd. Archiv Bd. 56 (1909) S. 285.

schaftliches System", so möchte man beinahe glauben, die Wissenschaft erfülle auch nicht im entferntesten ihre hohe Aufgabe, einzig und allein geleitet von dem Streben nach Wahrheit, nach dem Urgrund aller Dinge zu forschen, der Wahrheit unter Benützung der ihr so zahlreich zu Gebote stehenden, vielfach erprobten Hilfsmittel näher zu kommen und damit der Praxis die Bahn zu weisen und zu ebnen. Nach Berolsheimer[1]) existieren für den Gesetzgeber wissenschaftliche Kontroversen nicht. „Er schafft die Gesetze unbekümmert um theoretische Konstruktionen, frei nach den realen Bedürfnissen des Lebens und dem natürlichen Empfinden des einzelnen". Allein der Gesetzgeber, der nach Berolsheimer sozusagen in Naivität schafft, muß doch mit der Wirklichkeit rechnen und es kann ihm daher doch nicht gleichgültig sein, ob der menschliche Wille frei ist oder nicht, ob er sich also für die Vergeltungsstraftheorie oder die Schutzstraftheorie, für die Schuldstraftheorie oder die Gesinnungsstraftheorie, für die objektive oder die subjektive Straftheorie entscheiden soll. Dasjenige Gesetz, das auf dem Boden der Wirklichkeit steht, wird sicherlich auch den realen Bedürfnissen des Lebens und dem natürlichen Empfinden des einzelnen am meisten entsprechen. Der Gesetzgeber muß darnach trachten, sein Werk möglichst auf eine der Wirklichkeit entsprechende Grundlage zu stellen, und muß sich daher an dasjenige wissenschaftliche Ergebnis halten, das ihm das richtigste dünkt. Da nun der Mensch entweder wahlfähig oder nichtwahlfähig ist, zwischen Ja und Nein jedoch ein Kompromiß nicht gedacht werden kann, so muß der Gesetzgeber, will er sich nicht bewußt auf einen der Wirklichkeit widersprechenden Boden stellen, ganz unbedingt einen bestimmten Standpunkt einnehmen und darf nicht unbekümmert um die wissenschaftlichen Kontroversen bald dieser, bald wieder jener Theorie huldigen. Deshalb erscheint die von v. Birkmeyer[2]) und anderen Schriftstellern mit allem Nachdruck gestellte Forderung sehr berechtigt, daß der Gesetzgeber sein Werk auf ein einziges Prinzip aufbauen müsse, daß er nur eine Grundauffassung billigen, diese aber voll und ganz akzeptieren solle.[3]) Ueber ihre Richtigkeit oder Verkehrtheit wird dann der Erfolg bald eine klare Entscheidung bringen, bildet

---

[1]) H. Berolsheimer, die akzessorische Natur der Teilnahme 1909 S. 53.

[2]) Besonders Studien 150 ff.

[3]) Anderer Meinung z. B. von Liszt, Aufs. II. 370; Kahl, das neue Strafgesetzbuch 17; Ebermayer, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages 1908 Bd. I. Gutachten, S 260; Lilienthal. ZS Bd. 30 (1909) S. 225; J. Petersen, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht 1905 S. 208.

ja eben die Verwirklichung durch die Gesetzgebung, wie von Liszt richtig bemerkt, „die sicherste, freilich oft verhängnisvolle Probe für die Richtigkeit eines theoretischen Grundsatzes". Damit wird dann auch die Möglichkeit geschaffen, sofort entschlossen die falsche Bahn wieder zu verlassen.

Unsere Abhandlung nun will versuchen, das Grundprinzip der modernen Gesinnungsstrafe und die notwendig sich aus ihm ergebenden Konsequenzen darzustellen, zu zeigen, wie das auf diesem Grundgedanken aufgebaute Strafrecht sich ungefähr gestalten würde. Nicht die Leistungen und nicht die von den Modernen aufgestellten Probleme sollen hier eine Würdigung erfahren, sondern es sollen alle wichtigen Schlußfolgerungen, zu denen das Prinzip der Gesinnungsstrafe mit zwingender Notwendigkeit führt, gezeigt werden ohne Rücksicht darauf, wie weit solche von den Modernen selbst gezogen oder abgelehnt worden sind. Ein Prinzip lebt und bewährt sich in seinen Konsequenzen. Richtige und brauchbare Folgerungen beweisen allein die Richtigkeit und Brauchbarkeit eines Prinzipes. Um seinen Wert zu ergründen, muß man die aus ihm sich ergebenden Konsequenzen ziehen und sie auf ihren Wert prüfen. Dabei darf man sich nicht mit der einen oder anderen begnügen und kann sein Urteil nicht dadurch bestimmen, daß man bei solchen Folgerungen, welche die Haltlosigkeit des eingenommenen Standpunktes offenbaren, einfach erklärt: „Ich ziehe jene Folgerung nicht".[1]) Freilich beweist der Umstand, daß eine Konsequenz tatsächlich nicht gezogen wurde, noch nicht, daß der zu ihr führende Grundgedanke falsch sei, sondern nur, daß sein Vertreter inkonsequent ist. Wenn daher verschiedene Vergeltungstheoretiker schlagend nachgewiesen haben, daß die Modernen so manche Folgerung aus ihrem Prinzipe nicht zogen, so waren jene vollständig berechtigt, die Modernen deshalb der Inkonsequenz zu zeihen. Niemals aber haben sie und am wenigsten von Birkmeyer den Beweis der Unrichtigkeit und Unhaltbarkeit des von den Modernen verfochtenen Grundsatzes auf die Inkonsequenz seiner Vertreter gestützt. Es ist unrichtig, wenn von Liszt in dem erwähnten Artikel in den M. N. N. behauptet[2]):

[1]) Aufs. II. 58.

[2]) Von Liszt führt in diesem Artikel folgende 2 Beispiele an. Das erste lautet: „Nehmen wir an, ein Gegner der progressiven Einkommensteuer sage zu ihren Vertretern: „Wenn ihr konsequent seid, so dürft ihr nicht bei 5 oder 10 oder 15 vom 100 Halt machen, sondern müsst immer weiter steigen bis auf 50 und 100 und 200 vom Hundert; tut ihr das nicht, so ist das ein Beweis vielleicht für euer gutes Herz, zugleich aber auch für die Unrichtigkeit eures Grundgedankens". Jener Gegner ist natürlich im Unrecht; denn das Gesagte beweist nur die Inkonsequenz der Ver-

„Unter den Vergeltungstheoretikern aber gibt es immer noch den oder jenen, der diese Art der Argumentation für zulässig hält und von ihr eine durchschlagende Wirkung erwartet.“ Tatsächliche Inkonsequenz bedeutet noch keinen Beweis für die Unrichtigkeit eines Prinzipes, aber noch weniger einen Beweis für die Richtigkeit desselben. Daher ist von Birkmeyer[1]) voll beizustimmen, wenn er sagt: „Wenn ein Vertreter des Grundsatzes gewisse Konsequenzen desselben, ihre Schlüssigkeit vorausgesetzt, ablehnt, so beweist das nur für seine Inkonsequenz oder für seinen Mangel an Mut, aber nicht für die Ungefährlichkeit oder gar für die Unangreifbarkeit des Grundsatzes.“ Wenn die Gegner der Gesinnungsstrafe an einer Konsequenz nachweisen, daß dieselbe folgerichtig durchgeführt ganz unbrauchbare Resultate zeitigt, so können die Modernen diesen Beweis nicht dadurch entkräften, daß sie rundweg erklären: wir ziehen jene Folgerung nicht. „Ob die Vertreter des Grundsatzes selbst seine Konsequenzen alle ziehen oder diese oder jene ablehnen wollen, das ist vollständig gleichgültig für die Bewertung des Grundsatzes“, betont von Birkmeyer.[2]) Wäre es berechtigt, daß von den Vertretern selbst nicht gezogene Konsequenzen nicht berücksichtigt werden dürften, so hätte es natürlich wenig Sinn, bei einer Darstellung des Prinzipes und seiner Konsequenzen auch solche Folgerungen zu bringen, die seine Verteidiger selbst nicht gezogen haben. Allein jene Berechtigung existiert nicht. Die Konsequenzen eines Prinzipes

---

treter des Progressiveinkommensteuersystems; aus dieser allein kann jedoch die Unrichtigkeit des Grundgedankens nicht hergeleitet werden. Angenommen, jemand beschäftigt einen Arbeiter zwei Tage und verspricht ihm 2 Mk. Tageslohn. Wenn nun dieser Arbeitgeber dem Arbeiter schliesslich nur 3 Mk. im Ganzen bezahlt, so wird kein Mensch behaupten, dass sei ein Beweis dafür, dass 2 mal 2 nicht 4 gebe. Dass „ein Politiker, der solche Waffen gebraucht“, damit nicht viel Erfolg erzielt, scheint zweifellos. Das zweite Beispiel lautet: „Ein Gegner des gleichen Wahlrechts sage: „Da ihr nicht den Mut habt, auch die Wickelkinder zur Wahlurne zu bringen, ist der Grundgedanke verfehlt, von dem ihr ausgeht.“ Auch dieser Gegner hat nicht recht, aber aus einem ganz anderen Grunde. Wickelkinder zur Wahlurne zu bringen, ist die Konsequenz keines Wahlrechts. Die Wahl bezweckt doch, die Mitarbeit an der Förderung des betreffenden Gemeinwesens zu ermöglichen. Wickelkinder sind nun schon im allgemeinen schlechte Mitarbeiter. In der Politik aber wird man wohl am leichtesten auf ihre Mithilfe verzichten können. Die beiden Beispiele zeigen oder wollen offenbar wenigstens zeigen, dass man damit fehlgeht, aus der tatsächlichen Inkonsequenz der Vertreter eines Grundgedankens auf die Unrichtigkeit desselben selbst zu schliessen. Wer wird eine solche Art der Argumentation für zulässig halten und gar von ihr eine durschlagende Wirkung erwarten?“

[1]) Studien S 11.

[2]) Studien 10.

entstehen nicht erst damit, daß sie wirklich gezogen werden, sondern sind mit dem Prinzipe sofort untrennbar gegeben. Wird eine Folgerung nicht gezogen, so beweist dies nur die Inkonsequenz des betreffenden Vertreters. Diese subjektive Tatsache berührt aber weder den Inhalt noch den Wert des Prinzipes. Gerade je vollständiger wir die Folgerungen ins Auge fassen, desto vollkommener und wahrer wird das Bild, das wir von dem Prinzipe selbst erhalten. Um andererseits eine Konsequenz richtig zu würdigen, dürfen wir nie das Prinzip, aus dem sie hervorgeht, außer Acht lassen. Die Gesinnungsstrafe bildet nun ihrerseits selbst wieder eine Folgerung aus der deterministischen Auffassung der Modernen. Mit dem Determinismus steht und fällt die Gesinnungsstrafe. Eine Betrachtung letzterer muß deshalb stets auf diese ihre Beziehung zu jenem fundamentum Rücksicht nehmen. In unserer Darstellung soll darum stets die deterministische Basis Berücksichtigung finden, doch wird davon abgesehen werden, die jeweiligen Ergebnisse mit denen des indeterministischen Vergeltungsrechtes in Parallele zu stellen. Nur bei der Lehre vom Verbrechen soll eine solche Vergleichung in größerem Umfange stattfinden, da hier die Divergenz der beiderseitigen Resultate auf einem anderen Hauptgrunde beruht, als man gewöhnlich annimmt. Da ferner eine so gewaltige Umwälzung auf dem Gebiete des materiellen Strafrechtes, wie sie mit der Anerkennung der modernen Gesinnungsstrafe sich unvermeidlich vollziehen würde, auch tief einschneidende Wirkungen auf das formelle Recht äußern müßte, so soll in einem dritten Teile auf die strafprozessualen Konsequenzen etwas eingegangen werden.

1. Kapitel.

§ 1.[1]) Die Gesinnungsstrafe der Modernen! Für den mit der Reformliteratur nicht Vertrauten ist es ganz unmöglich, sich von diesem Begriffe auch nur eine annähernde Vorstellung zu machen. Wie wohl selten disharmoniert hier der Inhalt mit dem, was die Etikette vermuten läßt. Um über das Wesen des hinter unserem Schlagworte sich bergenden Begriffes uns Klarheit zu verschaffen, müssen wir uns zunächst vergegenwärtigen, welches Ziel die deterministischen Modernen mit der Strafe erreichen wollen. Ihnen ist die Strafe nichts weiter als ein vielfach überschätztes Mittel in der Hand des Kriminalpolitikers. Die oberste Aufgabe der Kriminalpolitik besteht

[1]) cf. Birkmeyer, Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe. Vortrag gehalten im Akademisch-Juristischen Verein zu München 1906 (Heft I der Veröffentlichung dieses Vereins) S. 11 ff.

in der Bekämpfung d. h. in der Verhütung des Verbrechens. Jedes Uebel bekämpft man nun am wirksamsten in seinen Entstehungsursachen, in seinen Wurzeln. Daher hat auch die Bekämpfung des Verbrechens an dessen Wurzeln anzusetzen[1]), wenn sie wirklich Erfolg versprechen soll. Diese sind nun doppelter Natur; das Verbrechen ist nach der deterministischen Auffassung der Modernen wie jede menschliche Handlung „das notwendige Ergebnis aus der teils angeborenen, teils (durch Entwicklung und Lebensschicksale)[2]) erworbenen Eigenart des Täters einerseits, der ihn im Augenblick der Tat umgebenden gesellschaftlichen, insbesondere wirtschaftlichen Verhältnisse andererseits".[3]) (So nach von Liszt[4]) das Glaubensbekenntnis der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung). Mit den gesellschaftlichen Verhältnissen als den äußeren Faktoren hat sich die Kriminalsoziologie zu befassen. Die Eigenart des Verbrechers als der individuelle Faktor bildet den eigentlichen Gegenstand des Strafrechts. In der Strafe sehen die Modernen nur eines und nicht einmal das wirksamste der Mittel zur Bekämpfung, also Verhütung des Verbrechens.[5]) Sie ist Einwirkung[6]) auf jene Eigenart zu Gunsten der Rechtsordnung und der Gesellschaft. Die Strafe kann und darf nach von Liszt dem Deterministen „nichts anderes sein als ein Schutzmittel für die Gesellschaft".[7]) „Als ihre Aufgabe erscheint Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens in der Person des Verbrechers".[8]) Schutz der Rechtsgüter der Gesellschaft gegen die rechtswidrigen Angriffe antisozialer Elemente bildet die eigentliche Aufgabe des Strafrechts.[9]) Auf den Zweck hingesehen vertreten sonach die Modernen eine Schutzzweckstrafe. Indem sie das Verbrechen nun auffassen als das notwendige Ergebnis aus jenem individuellen Faktor, verwerfen sie die Lehre von der Wahl- oder Willensfreiheit des Menschen. Aus der angeborenen oder erworbenen Eigenart geht unter dem Einflusse äußerer Anreize die Handlung mit Notwendigkeit hervor, für irgend ein Wollen oder Wählen des Handelnden ist kein Raum. Handlungen und alle übrigen

---

[1]) von Liszt, Aufs. II. 65.
[2]) von Liszt, Aufs. II. 3.
[3]) von Liszt, Aufs. II. 65; cf. auch II. 3, 234, 290, 438.
[4]) Aufs. II. 3.
[5]) von Liszt, Aufs. II. 83, 94, 139, 295; Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (MJKV) Bd. 16 (1909) S. 500.
[6]) von Liszt, Aufs. II. 20.
[7]) von Liszt, Aufs. II. 52.
[8]) von Liszt, Aufs. II. 83.
[9]) Fritz Auer, Soziales Strafrecht 1903 S. 6.

menschlichen Aeußerungen sind nur Wirkungen jenes „eigenartigen“ Zustandes. Mit dieser Auffassung der Modernen vom Verbrechen muß man sich wohl vertraut machen; denn sie allein erklärt den tiefgreifenden Unterschied zwischen den Ergebnissen beider Strafrechtstheorien. Daß trotzdem der Gegensatz beider Richtungen sich mehr darstellt als ein solcher zwischen Vergeltungsstrafrecht und Schutzstrafrecht, findet seine Erklärung nur darin, daß eben die Modernen in anerkannter Inkonsequenz ihrer Reformarbeit größtenteils Probleme zu Grunde gelegt haben, die nur Anhänger des Indeterminismus aufzustellen berechtigt sind. Man kann sich überhaupt beim Durchblättern der Reformliteratur nicht des Gedankens erwehren, daß die Modernen nur in dem Verbrecher den Willensunfreien, in dem Strafenden dagegen und vor allem in dem Gesetzgeber einen mit freiestem Willen begabten Menschen erblicken. Nichts ist bezeichnender dafür, als die Tatsache, daß sie ihre Strafe als die Zweckstrafe katexochen der „zwecklosen“ Vergeltungsstrafe gegenüber stellen. Und doch wird kaum ein anderes Wort so eng mit der Idee der Freiheit des Willens verknüpft sein wie gerade das Wort Zweck. Wir fragen nicht den Stein, was er mit seinem Herabrollen bezweckt, wir fragen nicht den verunglückten Wanderer nach dem Zwecke seines Absturzes, wir fragen nicht den Sträfling, der nach dem nächsten Gefängnis transportiert wird, zu welchem Zwecke er diese Reise unternehme. Ueberall hier ein eisernes Muß. Aber ein Bezweckenmüssen können wir uns so wenig denken wie ein Wollenmüssen. Wird ein Arbeiter auf 2 Tage aus der Werkstatt ausgeschlossen, so wird kein Mensch seiner Behauptung, daß er mit seinem Fernbleiben sich 2 Tage Ruhe zu gönnen bezwecke, ernstlich Glauben schenken. Bleibt derselbe aber noch länger der Werkstatt fern, so stehen wir nicht an, ihm zu glauben, daß er mit seinem längeren Fernbleiben einen bestimmten Zweck im Auge habe. Müssen und Bezwecken sind eben unvereinbar. Setzen wir aber in der deterministischen Verbrechensdefinition der Modernen statt Verbrechen Strafe, was ja, da beide menschliche Handlungen darstellen, erlaubt ist, so definieren wir Strafe als das notwendige Ergebnis aus jener inneren Eigenart. Ob nun der Vollzugsbeamte die Strafe vollzieht, ob der Richter sie ausspricht oder ob der Gesetzgeber sie festsetzt, stets wird einem Gebote der Notwendigkeit genügt. Angenommen, daß der Richter dem Vollzugsbeamten, der Gesetzgeber dem Richter die erforderlichen Motive gebe, von wem empfängt sie der Gesetzgeber? Entweder ist ihm der Besitz freier, ursacheloser Willens-

entscheidung und damit die Gabe zweckbestimmten Handelns beschieden, oder aber der Werkmeister, der den Strafapparat in Gang setzt, der den Strafzweck verfolgt, existiert überhaupt nicht auf dieser Welt. Müssen die Menschen so handeln, wie sie handeln, dann kann ihre Strafe keine Zweckstrafe sein. Petersen, ein bewußter Determinist, sagt[1]): „Bei jeder Zweckhandlung wird angenommen, daß mehrere Möglichkeiten des Geschehens vorhanden sind." Müssen aber die Menschen naturnotwendig so handeln, wie sie handeln, dann besteht für sie keine andere Möglichkeit, dann ist ihre Handlung keine Zweckhandlung. So wird es uns denn auch gar nicht Wunder nehmen zu sehen, wie Vergeltungszweck und Abschreckungszweck nur vom indeterministischen Standpunkt überhaupt denkbar sind, wie der theoretischen Begründung und insbesondere der praktischen Durchführung der übrigen Strafzwecke (Besserung und Unschädlichmachung) sehr berechtigte Bedenken entgegenstehen. Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe als Gegensätze würden sich allein nie so schroff gegenüberstehen, daß man den Kampf der beiden Strafrechtsschulen als ein Ringen zweier Weltanschauungen bezeichnen könnte. Der durchgreifende Unterschied liegt eben in Wahrheit in der Grundauffassung beider Richtungen. Nicht der Zweck, sondern Grund und Gegenstand der Strafe sind das trennende Moment.

Den Strafgegenstand bildet nun, wie wir gesehen haben, jene innere Eigenart als die einzige im Menschen selbst liegende Quelle des Verbrechens. Sie gibt nach deterministischer Auffassung die Erklärung dafür, daß verschiedene Menschen auf ein und dasselbe Motiv verschieden reagieren.[2]) Diese psychologische Eigenart, „insoweit durch sie unter dem Einflusse äußerer Anreize das verbrecherische Verhalten des Täters bestimmt wurde", bezeichnen die Modernen gewöhnlich als die „Gesinnung des Täters, aus der die Tat erwachsen ist"[3]) oder als „die aus der Tat erkennbare verbrecherische Gesinnung des Täters"[4]) oder als die „verbrecherische Gesinnung, wie sie sich durch die Tat dokumentiert hat"[5]) oder ähnlich.[6]) Gerade die Bezeichnung „Gesinnung" ist die in den Schriften der Modernen immer wiederkehrende und, so oft es gilt, den Gegen-

[1]) J. Petersen, Kausalität, Determinismus und Fatalismus 1909 S. 144.
[2]) cf. M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901 S. 50.
[3]) von Liszt, Aufs. II. 182.
[4]) von Liszt, Aufs. II. 17.
[5]) von Liszt, Aufs. II. 182.
[6]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 16, 20, 57, 62; Petersen, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht 171.

satz zur klassischen Schule festzustellen, wird gerade die ausschlaggebende Berücksichtigung der „Gesinnung“ als die Scheidewand gegenüber den Vergeltungstheoretikern betont.[1]) Daher ist man wohl berechtigt, die Strafe der Modernen geradezu eine Gesinnungsstrafe zu nennen[2]), wobei man sich aber stets bewußt bleiben muß, daß hier unter Gesinnung etwas ganz anderes verstanden wird als sonst nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche. Das muß um so schärfer betont werden, als sogar der Hauptvertreter der „Gesinnungsstrafe“, von Liszt, beide Begriffe gelegentlich einander substituiert. So glaubt er[3]) in dem § 81 des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909 ein Zugeständnis an die von ihm vertretene Gesinnungsstrafe sehen zu dürfen, weil dieser Paragraph den Richter anweist, bei Bemessung der Strafe zu berücksichtigen „insbesondere die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung, die Beweggründe des Täters, den von ihm verfolgten Zweck, den zur Tat gegebenen Anreiz, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, den Grad seiner Einsicht, die Folgen der Tat und das Verhalten des Täters nach dieser, namentlich die bewiesene Reue und das bewiesene Bestreben, die Folgen wieder gut zu machen“. Damit habe der Entwurf dem von von Liszt aufgestellten Satze, daß bei Bestimmung der Strafe nach Art und Maß mehr Gewicht zu legen sei auf die innere Gesinnung des Täters als auf den äußeren Erfolg der Tat, Rechnung getragen, damit sei bei allen Strafbaren die Berücksichtigung der „Eigenart des Täters“ bindend vorgeschrieben. Vergleichen wir mit dieser Behauptung, was von Liszt in einem Gutachten für den 20. Deutschen Juristentag 1902 erklärte, um einem Proteste von Birkmeyer's den Boden zu entziehen. von Birkmeyer erhob in einem am 22. Februar 1901 in der Juristischen Gesellschaft zu München gehaltenen Vortrag[4]) Protest gegen die Behauptung, als ob im geltenden Recht die Persönlichkeit des Verbrechers bei der Festsetzung der Strafe keine Berücksichtigung finde. Das Strafgesetzbuch berücksichtige „sein Alter, sein Geschlecht, seine Staatsangehörigkeit, seine Verwandtschaftsverhältnisse, seinen Beruf, seine körperlichen und seelischen Defekte und Schwächen, seine Zwecke und Motive, sein Verhalten nach der Tat“. In dem angeführten Gutachten nun führt von Liszt gegenüber diesem Proteste aus: „Hier liegt ein böses Miß-

[1]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 56/57, 88, 381.
[2]) so Wach, Frank, von Birkmeyer u. a.
[3]) in dem mehrfach erwähnten Artikel in den M. N. N.
[4]) Goltd. Archiv 48.

verständnis vor. Diese „persönlichen“ Verhältnisse meinen wir ja gar nicht, wenn wir die Berücksichtigung der Gesinnung des Täters verlangen“.[1]) In der Tat aber sind diese persönlichen Verhältnisse, man kann wohl sagen, genau die gleichen wie die im Vorentwurf genannten. Ganz die nämliche völlig unzulässige Verwechslung seines Gesinnungsbegriffes mit dem des gewöhnlichen Sprachgebrauches bedeutet es, wenn von Liszt in dem bereits genannten Gutachten erklärt:[2]) „Nach Birkmeyer soll in dem künftigen Gesetzbuch die Persönlichkeit und Gesinnung des Täters eine viel größere Bedeutung erhalten, als ihr im geltenden Rechte zu teil wird; damit ist der Kernpunkt unseres ganzen Reformprogrammes so scharf wie nur möglich bezeichnet“. In Wirklichkeit aber versteht von Birkmeyer im Einklang mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Gesinnung die Richtung des freien Willens und bekämpft auf's entschiedenste die „Gesinnung“ der Modernen. Als ein Irrtum muß es desgleichen bezeichnet werden, wenn Ebermayer daraus, daß auch die klassische Schule mehr die verbrecherische Gesinnung betonen will, schließen zu dürfen glaubt: „insoweit herrscht also, man darf wohl sagen, Einigkeit“.[3])

Zur Bezeichnung ihres Gesinnungsbegriffes verwenden die Modernen die verschiedensten Benennungen, die weit entfernt im gewöhnlichen Leben identisches zu bezeichnen, hier ohne jeden Unterschied gebraucht werden. Neben der schon öfters genannten „Eigenart“ finden sich mehrmals die Ausdrücke „Charakter“[4]), „Persönlichkeit“[5]), „Individualität“[6]) oder kurzweg auch das „Ich“[7]). Während alle diese Ausdrücke über das Wesen des sich hinter ihnen bergenden Begriffes gar nichts aussagen, wird derselbe durch andere Bezeichnungen näher umschrieben. So lesen wir öfter von der Stellung des Täters zur Rechtsordnung[8]), auch von seiner Gefährlichkeit für die Gesellschafts- und Rechtsordnung. Damit wird der eigentliche Kernpunkt des Begriffes getroffen. Die Stellung zur Rechtsordnung, das ist der Maßstab, an dem die Eigenart des Verbrechers gemessen wird. Sie läßt erkennen, ob der Täter von einer rechtmäßigen oder rechtswidrigen Gesinnung beherrscht

---

[1]) cf. auch von Liszt, Aufs. II. 378/379.
[2]) Goltd. Archiv Bd. 48 S. 77.
[3]) Verhandlungen des 29. D. Juristentages I. 261.
[4]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 19; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung 49; Petersen, Willensfreiheit 12.
[5]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 391; Petersen, Willensfreiheit 5, 11.
[6]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 17, 21.
[7]) Vor allem in den Schriften von Petersen
[8]) z. B. von Liszt Aufs. II. 57, 89, 191.

wird. Die rechtswidrige Gesinnung und die mit ihr gegebene größere oder geringere Gefährlichkeit begründet das Strafrecht und bemißt die Strafe. Statt rechtswidrige Gesinnung heißt es auch die „verbrecherische“[1]) Gesinnung oder die „antisoziale“[2]) Gesinnung. Durch die Betonung der rechtswidrigen Gesinnung treten die meisten Anhänger der modernen Schule in scharfen Gegensatz zu denjenigen, welche den Maßstab für die Strafe in der ehrenhaften oder ehrlosen Gesinnung sehen wie van Calker in Straßburg. Dabei will letzterer mit ehrlos die ethische Qualität der Gesinnung, die „Gemeinheit“, „die ethische Verwerflichkeit“ bezeichnen,[3]) die durch die Strafe getroffen werden soll. Den gleichen Gedanken finden wir bei Spira, der nur statt von ehrloser von perverser oder verwerflicher Gesinnung gesprochen wissen will, während der Begriff der Rechtswidrigkeit nur zur Unterscheidung der rechtmäßigen von der rechtswidrigen Handlung bestimmt sein soll.[4]) Nach Ebermayer soll die verbrecherische und ebenso die ethische Gesinnung berücksichtigt werden.[5]) Dem gegenüber muß behauptet werden, daß es vom deterministischen Standpunkt aus mindestens sehr zweifelhaft ist, ob man an so subjektiven Begriffen wie Ehre und ähnlichen festhalten darf. So wenig es eine Schuld und deshalb eine Vergeltung für den gibt, der die Willensfreiheit leugnet, ebenso wenig kann der folgerichtige Determinist dem Täter seine Handlung zur Ehre oder Unehre anrechnen, sie für ethisch gut oder verwerflich beurteilen. Wer nichts dafür kann, daß er so und so handelt, dem darf man sein Handeln auch nicht zu Verdienst oder Schande anrechnen. Wir müssen uns mithin jedes subjektiven Urteils über die Gesinnung wie über die Handlung enthalten. Dagegen steht nichts im Wege,

[1]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 17, 381, 389, 391; Ebermayer, Verh. des 29. D. Juristentages I. 261, 262.

[2]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 387, 389, 390. Auf den Ausdruck „antisozial“ legt von Liszt ein besonderes Gewicht. Berolsheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. V. S. 47 macht einen Unterschied zwischen antisozial und rechtswidrig. Ebenso von Overbeck, Erscheinungsformen 7. E. Spira, Die Zuchthausstrafe und Gefängnisstrafe, ihre Differenzierung und Stellung im Strafgesetze. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform 1905 S. 7 hält mit von Liszt die beiden Ausdrücke für gleichbedeutend. Vom Standpunkt der deterministischen Gesinnungsstrafe aus entfällt sicher jeder Unterschied zwischen den beiden Begriffen. Die Strafe soll die Gesellschaft und die Rechtsordnung schützen gegen ihre Feinde. Rechtsfeindlich, also rechtswidrig bedeutet demnach das gleiche wie gesellschaftsfeindlich oder antisozial.

[3]) van Calker, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen 1899 S. 19.

[4]) Die Zuchthausstrafe 23/24.

[5]) Verh. des 29. D. Juristentages I. 262.

diese mit der Rechtsordnung zu vergleichen, um daraus seine Stellung zu ihr zu erkennen. Insofern ist es ganz konsequent, wenn von Liszt als Determinist sich mit aller Bestimmtheit dagegen ausspricht, daß van Calker statt der rechtswidrigen Gesinnung die ehrlose Gesinnung für ausschlaggebend erklärt[1]), und wenn er die vom Schweizer Entwurf als maßgebend bezeichnete „Niedrigkeit der Gesinnung" verwerfend betont, daß es nicht auf diese, sondern auf die Gefährlichkeit des Verbrechers für die Rechtsordnung ankommt.[2]) „Nicht die Unehrenhaftigkeit, sondern die antisoziale Gesinnung kennzeichnet subjektiv den Verbrecher."[3]) „Der Begriff der ehrlosen Gesinnung ist als Grundlage für das Strafensystem direkt falsch. Für das Strafrecht kann es sich immer nur darum handeln, wie sich der Verbrecher zur Rechtsordnung stellt. Die verbrecherische Gesinnung ist die rechtswidrige oder, was dasselbe sagen will, die antisoziale Gesinnung".[4]) Zusammenfassend können wir mit von Birkmeyer[5]) sagen, daß für die Modernen „den Grundbegriff des Strafrechts und den Gegenstand der Strafe . . . bilden soll . . . die Gesamtpersönlichkeit des Verbrechers in ihrem Verhältnis zur Rechtsordnung, nämlich seine verbrecherische oder antisoziale Gesinnung".

§ 2. Die Strafe der Modernen bezweckt Schutz der Gesellschaft. Ihren eigentlichen Gegenstand bildet die gefährliche antisoziale Gesinnung als die einzige im Menschen selbst liegende Quelle des Verbrechens. Wie kann nun die Gesellschaft gegen jene Gesinnung und damit gegen das Verbrechen gesichert werden? Ein zweifaches ist denkbar. Einmal die rechtswidrige Gesinnung vermögen wir auszurotten, zu beseitigen, technisch gesprochen, der mit ihr behaftete Mensch ist besserungsfähig. In allen übrigen Fällen bleibt der antisoziale Charakter unausrottbar, der Verbrecher unverbesserlich. Wie wir sehen, führt die Gesinnungsstrafe der Modernen zu einer Zweiteilung sämtlicher Verbrecher, nämlich in Besserungsfähige und Unverbesserliche. Ganz von selbst ergibt sich damit auch eine Zweiteilung der gegen diese beiden Gruppen zur Verwendung kommenden Strafmittel.

Für den Besserungsfähigen Besserungsstrafe, d. h. Ausrottung der ihn beherrschenden antisozialen Gesinnung und damit Umwandlung des sozialen Schädlings in ein brauchbares

---

[1]) Aufs. II. 385/386.
[2]) Aufs. II. 206.
[3]) Aufs. II. 387.
[4]) Aufs. II. 386.
[5]) Studien S. 15.

Glied der Gesellschaft. „Soziale Brauchbarkeit hervorzubringen, das ist das höchste Ziel der staatlichen Strafe".[1]) Worin besteht nun diese Besserungsstrafe? Die Strafe soll einwirken auf den Verbrecher, auf dessen Gesinnung. Die Erfahrung lehrt nun, daß der Mensch für eine solche korrigierende Einwirkung nicht während seines ganzen Lebens empfänglich ist. Die Jugend, die Zeit der Entwicklung bedeutet für ihn jenen Abschnitt, während dessen man sein Inneres und Aeußeres beeinflussen kann, wie denn auch die Erziehung nur bis zu einem gewissen Lebensalter wirksam zu sein verspricht.[2]) Erziehenden Charakter muß die Besserungsstrafe an sich tragen. Eine Hauptforderung der Modernen Schule lautet denn auch: Erziehende Behandlung der Besserungsfähigen.[3]) Besserung durch „Erziehung zur rechtlichen Lebensführung", „Anpassung an die Forderungen des gesellschaftlichen Lebens"[4]), mithin rechtliche Besserung, nicht sittliche Besserung.[5]) Da nun „die erziehende Umgestaltung des Charakters durch körperliche und geistige Ausbildung nur bis zu einem gewissen Lebensalter überhaupt möglich ist", so darf man sagen: „Die erziehende Behandlung der Jugendlichen"[6]), „Besserung im Sinne der bürgerlichen Besserung . . . dürfte ausgeschlossen sein, wenn der Verbrecher das 21. Lebensjahr bei Begehung der Tat überschritten hat".[7]) Besserungsfähig sind somit nur die Jugendlichen. von Liszt will noch eine weitere Einschränkung vornehmen: „Nur soweit der sich entwickelnde, noch nicht völlig festgewurzelte, verbrecherische Hang auf Arbeitsscheu beruht, also innerhalb des gewerbsmäßigen Verbrechens, kann von Besserungsfähigkeit des Verbrechers, mithin von Anwendung der Besserungsstrafe die Rede sein".[8]) Wir sehen, daß die beiden Verbrechergruppen sehr ungleich groß sind. Auf der einen Seite die verhältnismäßig geringe Zahl der Jugendlichen (vielleicht sogar nur derjenigen, welche aus Arbeitsscheu sich dem Verbrechergewerbe widmen), auf der anderen Seite das gewaltige Heer der übrigen Verbrecher.

[1]) H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland 1902 S. 4.
[2]) J. Heimberger, Strafkolonien, Vortrag gehalten in der Gehestiftung 1906 (neue Zeit- und Streitfragen 3. Jhrg. Heft III.) S. 12/13. cf. auch Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform (Rektoratsrede) 1902: „Der ausgewachsene Sträfling (ist) kein empfängliches Erziehungsobjekt".
[3]) von Liszt, Aufs. II. 393, 309, 397.
[4]) von Liszt, Aufs. II. 399.
[5]) von Liszt, Aufs. II. 209.
[6]) von Liszt, Aufs. II. 397.
[7]) von Liszt, Aufs. II. 399.
[8]) Aufs. II. 209.

Letzteren, also den Unverbesserlichen gegenüber, kann natürlich davon keine Rede sein, durch Einwirkung auf ihre Gesinnung etwas erreichen zu wollen; denn dieselbe vermag nicht mehr geändert zu werden. Da gibt es nur ein Mittel, die Unschädlichmachung des Unverbesserlichen. Hier spricht man technisch, allerdings nicht sehr korrekt, von Sicherungsstrafe. „Die Sicherung der Gesellschaft verlangt, daß diese antisozialen Elemente in die Unmöglichkeit versetzt werden, der Gesellschaft zu schaden".[1]) „Die Sicherungsstrafe hat den unverbesserlichen Zustandsverbrecher unschädlich zu machen".[2]) So bildet denn auch die zweite Hauptforderung der Modernen die „Sicherung der Gesellschaft gegenüber den unverbesserlichen und gemeingefährlichen Verbrechern".[3])

In den Schriften der Modernen findet sich nirgends diese Zweiteilung, sondern an ihrer Stelle eine Dreiteilung[4]) der Verbrecher sowohl wie der Strafmittel. Neben den Besserungsfähigen und den Unverbesserlichen sollen die sogenannten Augenblicks- oder Gelegenheitsverbrecher eine dritte und zwar die größte Gruppe bilden. Vielfach werden auch den beiden ersteren Gruppen als den sog. Zustandsverbrechern die Augenblicksverbrecher gegenübergestellt.[5]) Auf diese Dreiteilung tun sich die Modernen sehr viel zu gute, behaupten sie doch, daß dieselbe „unmittelbar als Grundlage für den Neubau unseres Strafensystems verwendet werden kann."[6]) Wie soll nun dieser Augenblicksverbrecher beschaffen sein? Der Täter wird „durch überwiegend äußere Einflüsse zu dem Verbrechen hingerissen, das seiner dauernden Eigenart fremd eine vereinzelt bleibende, bitter bereute Episode in seinem Leben bildet."[7]) Als Augenblicksverbrecher erscheint darnach derjenige, der ein Verbrechen begeht, das seiner dauernden Eigenart fremd ist. Da nun jedes Verbrechen aus der Eigenart des Täters hervorgeht, so müssen wir zu dem Schlusse kommen, daß die Augenblicksverbrechen aus einer nicht dauernden, also momentanen Eigenart entspringen. Daraus folgt zunächst, daß die Angehörigen dieser dritten Gruppe straflos bleiben müssen; denn wir haben gesehen, daß der Zweck der Strafe in der Sicherung der Gesellschaft gegen die verbrecherische Eigenart oder Gesinnung

[1]) von Liszt, Aufs. II. 327.
[2]) von Liszt, Aufs. II. 210.
[3]) von Liszt, Aufs. II. 309, 393, 400.
[4]) bes. von Liszt, z. B. Aufs. II. 309, 393, 208, dem die meisten Vertreter der Modernen Richtung darin folgen.
[5]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 173, 212/213.
[6]) von Liszt, Aufs. II. 213.
[7]) von Liszt, Aufs. II. 192.

bestehen soll. Nun verschwindet aber letztere beim Augenblicksverbrecher nach momentaner Existenz sofort wieder. Dieser Verbrecher ist deshalb nicht (mehr) gefährlich.[1]) Nach Heimberger bedürfen die Augenblicksverbrecher „nur sozusagen einer Mahnung, einer Witzigung, einer Abschreckung".[1]) Was soll aber in aller Welt diese Abschreckung? Nach von Liszt „vermag auch die vornehmste Gesinnung gegen einen Konflikt mit der Rechtsordnung nicht unbedingt Schutz zu gewähren"[2]) und „unter dem Zusammenwirken äußerer Umstände kann der ruhigste Bürger durch entflammte Sinnlichkeit, quälende Eifersucht, politische Erregung zu verbrecherischer Tat hingerissen werden".[3]) Also kurz gesagt: Jeder Mensch kann zum Augenblicksverbrecher werden. Von jedem drohen mithin Augenblicksverbrechen. Deshalb müßte man, sofern man Strafen d. h. sichern will, entweder an allen Gliedern der Gesellschaft ohne weiteren Anlaß die Abschreckungsstrafe vollziehen oder aber auch denjenigen, der ein Augenblicksverbrechen begangen hat, mit solcher „Witzigung" verschonen, wenn anders man nicht den Sicherungsgedanken fallen lassen und den Unglücklichen wegen der begangenen Tat strafen will, mit anderen Worten, wenn man Vergangenes nicht vergelten will. Wir haben gesehen, daß den Gegenstand und den Grund der modernen Gesinnungsstrafe die antisoziale Gesinnung und die mit ihr gegebene Gefährlichkeit bildet. Diese Gesinnung aber ist beim Augenblicksverbrecher nach der Tat nicht mehr vorhanden. Die Strafe, die ihn träfe, entbehrte somit des Grundes und des Gegenstandes. Gegen Ungefährliche sichern zu wollen hat keinen Zweck.[4]) Die Modernen dürfen deshalb den nach der Tat wieder sozial gesinnten Augenblicksverbrecher nicht strafen, wenn anders sie weiterhin ihre Gesinnungsstrafe als die „Zweckstrafe" angesehen wissen wollen. Zur Rechtfertigung der Bestrafung des nicht mehr gefährlichen Verbrechers hat man geltend gemacht: Gerade „die Vorstellung, daß Strafe stets und notwendig auf das Verbrechen folgt, verschafft der Strafandrohung erst die Eigenschaft eines wirksamen Gegenmotives gegen die egoistischen Neigungen der Menge". Um der wirksamen Generalprävention willen müsse deshalb auch an einem nicht mehr Gefährlichen die Strafe vollzogen werden. So z. B. L. Traeger, Wille Determinimus Strafe 1895 S. 260. Diese

[1]) J. Heimberger, Zur Reform des Strafvollzuges 1905 S. 28.
[2]) Aufs. II. 189/190.
[3]) Aufs. II. 193.
[4]) cf. M. Liepmann ZS. Bd. 28 (1909) S. 13; R. Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe 1908. S. 15/16.

Sündenbocktheorie, welche ihre Berechtigung nur aus dem Satze: Der Zweck heiligt die Mittel, herzuleiten vermag, wurde von vielen Seiten mit Recht auf das Schärfste verurteilt. Sie würde mit den Lehren des Christentums, mit denen die Modernen nach von Liszt sich im Einklange wissen, gewiß in keiner Weise zu vereinbaren sein, wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß sie den Forderungen der Staatsklugheit nicht widersprechen würde, zumal ja für die Modernen rechtmäßig gleichbedeutend ist mit sozial und die Abschreckungsstrafe dem sozialen Interesse dienen soll. Soll aber, wie die Modernen unermüdlich fordern, die Strafe in einer individuellen Behandlung bestehen, dann darf sie nur an der Menge selbst vollzogen werden und nicht an einem dritten Unbeteiligten. Von diesem Gesichtspunkte aus kann die Abschreckung der Menge durch eine an einem dritten vollzogene Maßregel als Strafmittel nicht anerkannt werden.

Aber gibt es denn überhaupt Augenblicksverbrecher? Eine momentane Gesinnung oder Eigenart, wie sie die deterministische Auffassung beim Augenblicksverbrecher unbedingt voraussetzen muß, gibt es nicht, kann es nicht geben. Das leuchtet sofort ein für den Fall, daß die verbrecherische Eigenart angeboren wurde. Die Lebensschicksale allerdings vermögen manchen, der bisher die Pfade sozialer Tugend gewandelt ist, auf die Bahn des Verbrechens zu drängen. Auf diese Weise wäre es vielleicht denkbar, daß eine solche momentane Gesinnung erworben würde, kraft deren dann „der bisher Unbescholtene in augenblicklicher leidenschaftlicher Erregung oder unter dem Einflusse drückender Notlage zu dem Verbrechen hingerissen wird.“ Er wäre gleich denen, die ihren rechtsfeindlichen Charakter bereits mit der Geburt oder doch lange vor ihrer Tat erworben und gleich nach der Tat wieder verloren haben, ein besserungsfähiger Verbrecher gewesen, der sich besserte, ohne zuvor die Wohltat staatlicher Besserungskur erfahren zu müssen. Gäbe es also wirklich solche Augenblicksverbrecher, so bildeten sie keine durch irgendwelche Besonderheit hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Strafrecht vor den anderen sich auszeichnende Verbrechererscheinung. Allein dem wahren Wesen der Gesinnung oder des Charakters widerspricht eine solche nur augenblickliche Dauer, wie sie die Annahme von Augenblicksverbrechern unbedingt voraussetzt. Unter Charakter verstehen wir, wenn nicht etwas Unveränderliches, mit der Persönlichkeit für alle Zeiten untrennbar Verbundenes, so doch etwas lange Dauerndes, Zuständliches. Wer heute so und morgen anders denkt und handelt, den nennen wir

charakterlos. Alles in den Schriften der Modernen deutet denn auch darauf hin, daß sie selbst stets nur an etwas dauerndes denken, wenn sie von verbrecherischer Eigenart, von antisozialem Charakter u. s. w. sprechen. Die Verbrecher, welche sie für ihre Gesinnungsstrafe in Anspruch nehmen, bezeichnen sie als „Zustandsverbrecher". Für den Begriff jener im Innern des Menschen liegende Verbrechensquelle gebrauchen sie den Namen „Eigenart"; wer aber nur momentan antisozial gesinnt ist, dem ist doch diese Gesinnung nicht eigenartig, sondern fremdartig. Von solcher blitzartigen Charaktererscheinung gar als von der „gesamten Individualität" oder „Persönlichkeit" eines Menschen reden zu wollen, das hieße doch die Worte in grassester Weise mißbrauchen. Einen nur augenblicklichen Charakter können wir uns so wenig denken wie eine momentane Persönlichkeit, Individualität oder Gesinnung. Daß es keine solche augenblickliche Eigenart und damit keinen Augenblicksverbrecher geben kann, hat von Birkmeyer bereits in seinem Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1905 S. 93/94, auch im Gerichtssaal und neuestens wieder in seinen Studien S. 33 ff. dargelegt. Die konsequenten Vertreter der Gesinnungsstrafe müssen somit den Begriff des Augenblicksverbrechers fallen lassen, zumal sie ihn ja doch nicht mit ihrer Strafe erreichen könnten, und gerade der Grund- und Eckstein ihres Prinzipes, daß nämlich für Art und Maß der Strafe die antisoziale Gesinnung bestimmend sein müsse, hier seine Haltlosigkeit aufs glänzendste beweisen würde. Alle Versuche, die sog. Augenblicksverbrecher dennoch für die Gesinnungsstrafe zu gewinnen, sind denn auch, wie von Birkmeyer in seinen Studien S. 34 ff. nachgewiesen hat, gänzlich fehlgeschlagen. Damit ist bewiesen, daß die Strafe der Modernen zum Mindesten nicht ausreicht, daß neben ihr noch eine zweite Strafe anerkannt werden muß, der es gelingt, auch diese dritte Gruppe zu treffen. Nur so erklärt es sich, aber auch zur Genüge, daß von Liszt und seine Freunde mit beispielloser Bereitwilligkeit sich herbeilassen, diese Gruppe von Verbrechern auch fernerhin dem Vergeltungsstrafrecht zu überlassen — für sie soll auch nach wie vor Art und Maß der Strafe in erster Linie sich nach der objektiven Schwere der Tat richten —, sich aber darüber totgeschwiegen haben, welche Strafe für den Augenblicksverbrecher etwa ihrem Prinzipe entsprechen würde.

Müssen wir so vom Standpunkte der Modernen eine dritte Gruppe von Verbrechern als ausgeschlossen betrachten, so können wir auch keine dritte Art von Strafen, nämlich die Abschreckungsstrafe, als mit dem Prinzipe der deterministischen

Gesinnungsstrafe vereinbar anerkennen. Eigentlich müßte schon der Hinweis darauf, daß die Modernen diese Strafart den Augenblicksverbrechern gegenüber angewendet wissen wollen, genügen, um Abschreckungsmaßregeln als Strafmittel abzulehnen. Aber sehen wir uns das Wesen der Abschreckung einmal genauer an. Abschrecken heißt doch den auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Willen von der Weiterverfolgung desselben abbringen. Geht nun aus der verbrecherischen Eigenart, wenn bestimmte äußere Anreize oder Motive auf sie einwirken, die Tat notwendig und unabweislich hervor, wie soll da noch die Möglichkeit eines Abhaltens von der Tat bestehen? Wenn etwas notwendig und unabweislich ist, dann gibt es doch keine andere Möglichkeit. Besteht aber nur eine Möglichkeit, wie soll da jemand durch Abschreckung zu einer anderen Möglichkeit genötigt werden? Ja, entgegnet Petersen, die Strafe wirkt eben auch als Motiv auf den Charakter des Täters. Gut, der Täter würde also rechtswidrig handeln; vermöge des ihm durch die Strafe gesetzten stärkeren Motives handelt er nicht rechtswidrig. In wiefern soll aber darin eine Abschreckung liegen? Wird ein neues Motiv wirksam oder mitwirksam, so muß notwendig die Handlung eine andere sein, als sie es ohne Wirkung desselben wäre. Bedeutete das Hinzutreten des Motives der Strafe eine Abschreckung, dann müßte jedem Motive, das zu schon vorhandenen hinzutritt, solche Wirkung zugesprochen werden. Nun setzt aber Abschreckung mindestens zwei gleichzeitig bestehende Möglichkeiten voraus; denn nur in diesem Falle vermag man den auf die eine Möglichkeit gerichteten Willen von ihr ab und auf die zweite Möglichkeit hinzulenken. Durch Hinzutreten eines neuen Motives geht nun aber die bisher einzig bestehende Handlungsmöglichkeit unter und es entsteht eine völlig neue. Angenommen, X. fahre in einem Eisenbahnzuge nach A. Infolge einer durch Z. vorgenommenen Weichenverstellung fährt der Zug nach B. Niemand wird hier behaupten wollen, der Z. oder gar der Eisenbahnzug oder die Weiche habe den X. davon abgeschreckt nach A. zu gelangen. Wo unwiderstehliche Gewalt herrscht, da fehlt jede andere Möglichkeit, da kann von Abschreckung nie die Rede sein. Daher ist auch in dem nach moderner Auffassung durchaus gesetzmäßigem Gange der Willensbildung keine abschreckende Wirkung möglich, vielmehr geht jede Handlung als notwendig d. h. als einzig möglich aus den gegebenen Ursachen hervor, die ihrerseits wieder, wenn das Kausalgesetz ausnahmlose Geltung beanspruchen darf, als notwendige Wirkungen entstanden sind. Das ganze Weltengetriebe bildet so eine un-

unterbrochene Kette von Ursachen und Wirkungen, deren Uranfänge für das menschliche Denken in das gleiche Dunkel gehüllt sind wie ihre letzten Ausgänge, deren einzelne Glieder vielfach in sich verschlungen ein dem menschlichen Geiste unentwirrbares Durcheinander bilden, deren Entwicklung aber mit dem Gegebensein der Anfänge von vornherein fest bestimmt ist. Jeder Determinismus muß folgerichtig durchgeführt in den Fatalismus ausmünden, da alles Determinierte bei ausnahmsloser Geltung des Gesetzes vom zureichenden Grunde auch prädeterminiert sein muß. Alle die verzweifelten Anstrengungen, die man machte, um aus dem ungeheuerlichen Ergebnis des Fatalismus einen reinen Determinismus herauszuschälen, entbehren jeder überzeugenden Kraft. Daß die einzelnen Wirkungen nicht aus isoliert verlaufenden Ketten von Ursachen entsprungen seien, daß vielmehr diese Ursachenketten sich vielfach ineinander verschlingen und gegenseitig beeinflussen, ein ganz natürlich erscheinender Entwicklungsverlauf, kann die fatalistische Auffassung nicht zu Falle bringen, wie Petersen nachgewiesen zu haben glaubt, bezeugt vielmehr nur die Unzulänglichkeit des menschlichen Geistes. Steht nun im Voraus fest, daß mit Eintritt eines neuen stärkeren Motives die bisherige Möglichkeit zur Unmöglichkeit geworden ist, daß dagegen mit dem Auftreten eines neuen schwächeren Motives überhaupt keine neue Möglichkeit entsteht, so läßt sich keine abschreckende Wirkung dieses neuen Motives denken. Abschreckung ist somit von deterministischem Standpunkte aus undenkbar. Wenn deshalb die Modernen dieses Strafmittel gegenüber den Augenblicksverbrechern angewendet wissen wollen, so wollen und können sie damit nicht eine Strafe proklamieren, die mit ihrem Prinzipe auch nur irgendwie vereinbar wäre oder gar durch dasselbe begründet würde.

Aber ganz abgesehen von alledem bleibt es sehr fraglich, ob in der Abschreckung überhaupt ein Strafmittel erblickt werden kann. Binding sagt[1]): „Die Strafe soll nicht abschrecken und kann es nicht; denn die meisten Verbrechen werden in der Hoffnung der Verheimlichung, also der Straflosigkeit begangen". Dieser Standpunkt muß als vollkommen richtig erachtet werden. Nehmen wir an, der Zweikampf würde von heute an statt mit Festungshaft mit Zuchthaus bestraft. Damit wäre das Duell nicht beseitigt, aber eine andere Folge hätte diese Neuerung: der entehrende Charakter des Zuchthauses würde viel einbüßen. Denn was abschreckt, ist nicht die

[1]) Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, in Grünhuts ZS. Bd. IV 1877 S. 431.

Strafe, sondern das Urteil der Gesellschaft im Einklang mit dem inneren Bewußtsein, daß man dieses Urteil verdient habe. Wenn jedoch die Gesellschaft selbst sich tatsächlich für den Täter erklärt, ihn mit jedem Nachteile zu verschonen verspricht, dann ist der Strafe so ziemlich jeder Schrecken genommen. Auf den Gelegenheitsverbrecher wirkt nicht sowohl die Strafe und der Strafvollzug als vielmehr das Bewußtsein, daß er öffentlich eines Verbrechens gezieben wurde. Daß Strafe und Strafvollzug den Gewohnheits- und Berufsverbrecher nicht abzuschrecken vermögen, dafür spricht die ungeheure, stets wachsende Zahl der Rückfälligen eine deutliche Sprache. Gerade je härter die Strafe und je länger ihre Dauer, desto größer bekanntlich die Wahrscheinlichkeit des Rückfalls. Dazu kommt noch, daß die meisten Verbrechen eben in der Hoffnung begangen werden, daß man nicht erwischt wird, daß man also straflos bleibt. Jedenfalls aber liegt es im Wesen der Abschreckung, daß für den Täter die Möglichkeit bestehen muß, auch anders zu können. So unrichtig es ist, von einem Bezwecken zu reden, wo unabänderliche Notwendigkeit gebietet, so verfehlt ist es zu glauben, daß man einen mit zwingender Notwendigkeit Handelnden abschrecken könne. Indem die Modernen die Abschreckung ausdrücklich als einen Strafzweck anerkennen, treten sie in einen unlösbaren Widerspruch mit ihrem oft wiederholten Satze: Für das Strafrecht kann es keine andere Grundlage geben als den Determinismus.

Zusammenfassend können wir konstatieren, daß die von den Modernen geforderte und verteidigte Dreiteilung der Verbrecher sowohl wie der Strafmittel unhaltbar ist. Ob man aber selbst bei einer Zweiteilung stehen bleiben darf, erscheint zum mindesten sehr fraglich. Gegen die sog. Unverbesserlichkeit erheben sich viele Stimmen.[1]) In der Tat, was die Modernen zur Feststellung dieses Begriffes beibringen, ist nichts weniger als überzeugend. Daß sie eine große Anzahl derjenigen, die sie als Besserungsunfähige eigentlich ihren Unverbesserlichen zuzählen müßten, selbst als sog. Augenblicksverbrecher dem Vergeltungsrecht überlassen, vermag den Glauben an die Unverbesserlichkeit nicht zu kräftigen. Auch die statistisch nachgewiesene Tatsache, daß die Kurve der Kriminalität zwischen dem 40. und 50. Lebensjahre auffallend sich neigt, um dann

[1]) z. B. von Birkmeyer, Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der Modernen Richtung im Strafrecht 1907 S. 12. Von Liszt spricht in seinem Aufs. 125 von den „nur zu zahlreichen Menschenfreunden, die gestützt auf das Trugbild der Willensfreiheit die Annahme der Unverbesserlichkeit verwerfen".

rapid zu sinken, kann uns für jenen Gedanken nicht sonderlich erwärmen. Jedenfalls sprechen gegen die Annahme der Unverbesserlichkeit viele und sehr gewichtige Gründe.

Doch selbst angenommen, es gäbe wirklich Fälle von Unverbesserlichkeit, so bleibt immer noch die Frage zu beantworten, ob sich dieselbe im konkreten Einzelfalle feststellen lasse. Selbst von Liszt[1]) anerkennt die Schwierigkeit einer solchen Konstatierung. Nach Ebermayer[2]) unterliegt es erheblichen Zweifeln, ob überhaupt die Unverbesserlichkeit sicher festzustellen ist. Der unverbesserliche Verbrecher läßt sich nach Hoegel[3]) von den übrigen nicht mit Sicherheit scheiden. Noch weit schwieriger aber, ja geradezu unmöglich wäre meines Erachtens die Feststellung, ob der Besserungsfähige wirklich gebessert ist. In seinen Taten offenbart sich die Gesinnung eines Menschen. Sich zu betätigen muß er aber Gelegenheit haben. Das Verhalten des Verbrechers gegenüber der Gesellschaft läßt sich nur erkennen, wenn er der Gesellschaft zurückgegeben wird, sich wieder in ihr bewegt. In seiner Zelle dagegen ist ihm jede derartige Gelegenheit abgeschnitten. „Das Gefängnis ist der ungeeignetste Ort für die Erforschung des Innenlebens eines Sträflings".[4]) Um zu erkennen, ob der Kranke geheilt, ob die Geistestätigkeit des Wahnsinnigen wieder normal ist, dazu bedarf es einer Berührung des Patienten mit der Gesellschaft nicht. Wohl aber beim Verbrecher, der jene gefährdet und schädigt, würde allein eine solche Berührung ein Urteil ermöglichen. Die Prophetengabe, seine Besserung dem Sträfling aus den Augen zu lesen, besitzt niemand und selbst der, welcher „gewöhnt ist, die Menschen auf Herz und Nieren zu prüfen", wird mit seinem Kennerblick die Beschaffenheit jener tief verborgenen geheimnisvollen Eigenart nicht zu erforschen vermögen. Ein genaues Hinsehen auf die praktische Durchführbarkeit der genannten Strafmittel würde uns nach dem Gesagten zu dem Resultate drängen, daß überhaupt nur eine einzige Strafart, nämlich die dauernde Unschädlichmachung des Antisozialgesinnten, als zweckmäßig anerkannt werden dürfte, ein schreckliches Endziel, zu dem aber jede auf dem Determinismus ruhende Strafe meines Erachtens notwendig führte.

Doch bleiben wir selbst bei der Zweiteilung stehen.

[1]) Aufs. II. 124.
[2]) Verh. d. 29. D. Juristentages I. 273; ähnlich 262.
[3]) H. Hoegel, Die Einteilung der Verbrecher in Klassen 1908 (Heft II d. Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform) S. 85.
[4]) Hoegel, Die Einteilung d. Verbrecher 88.

Worin liegt der Gewinn, worin die neue gewaltige Errungenschaft, welche die Modernen berechtigt, an Stelle der Verbrechenseinteilung eine Klassifikation der Verbrecher zu fordern und auf diese Forderung stolz zu sein? Die Verwerfung jeder Einteilung der Verbrechen folgt notwendig aus dem Prinzipe der Gesinnungsstrafe, eine Konsequenz, die mit größter Uebereinstimmung von ihren Vertretern gezogen wurde. Wenn überhaupt eine Differenzierung nötig erscheint, so kann ihr nur die verbrecherische Gesinnung zugrunde gelegt werden, mit anderen Worten, nur eine Verbrechereinteilung kann möglicherweise von Bedeutung werden. Die Beschaffenheit der Gesinnung ist der einzige Maßstab, der einer für das Gesinnungsstrafrecht der Modernen brauchbaren Klassifizierung zugrunde gelegt werden darf. Durch sie werden einmal die antisozialen Elemente abgeschieden von den strafrechtlich nicht in Betracht kommenden sozialgesinnten Bürgern. Ob sich innerhalb jener weitere Unterscheidungen durchführen lassen, hängt von der verbrecherischen Gesinnung ab. Nach der Auffassung der Modernen gibt es eine ausrottbare und eine tiefgewurzelte, nicht mehr ausrottbare antisoziale Gesinnung. Dieser Auffassung gemäß unterscheiden sie darum besserungsfähige und unverbesserliche Verbrecher. Die besondere Ausscheidung von Augenblicksverbrechern muß als mit ihrem Prinzipe unvereinbar fallen gelassen werden. Die Unterscheidung in jugendliche und in erwachsene Verbrecher, wie Merkel sie einmal vorschlägt, läßt sich machen, hat aber, weil sie und soweit sie nicht aufgrund der antisozialen Eigenart erfolgt, für das Strafrecht der Modernen keinen Wert. Mit der von Aschaffenburg vorgeschlagenen Siebenteilung, nämlich in: Zufalls-, Affekts-, Gelegenheits-, Vorbedachts-, Rückfalls-, Gewohnheits- und Berufsverbrecher ist praktisch wohl kaum viel gewonnen, jedenfalls aber wurde sie nicht von der Berücksichtigung der Gesinnung diktiert und muß deshalb vom Standpunkte der Modernen aus verworfen werden. Soll die Gesinnung ausschließlich maßgebend sein — und das ist die erste und hauptsächlichste Folgerung aus dem Prinzipe der deterministischen Gesinnungsstrafe — dann gibt es keine andere brauchbare Einteilung als die erwähnte Zweiteilung in Besserungsfähige und Unverbesserliche, vorausgesetzt, daß sie überhaupt Berechtigung beanspruchen darf. Mir will es nämlich äußerst zweifelhaft erscheinen, daß die Eigenart, wie sie vom deterministischen Standpunkte aus zur Erklärung menschlichen Handelns angenommen werden muß, überhaupt veränderungsfähig oder gar ausrottbar sei. Die Lehre vom homo delinquens, die ja in Wirklichkeit auch

zum Teil bei den Modernen trotz entgegenstehender Erklärung[1]) Anerkennung gefunden hat[2]), dünkt mir vom deterministischen Standpunkte aus die einzig richtige. Der Verbrecher, dessen Handeln sich erklären soll aus dem, „was er ist", bleibt ein Verbrecher und muß, solange er infolgedessen gefährlich ist, unschädlich gemacht werden. Damit ist auch die Behauptung widerlegt, daß nur vom deterministischen Standpunkte aus Besserung denkbar sei. Gerade das umgekehrte ist der Fall. Besitzt der Mensch die Fähigkeit zwischen den verschiedenen Motiven zu wählen, so wird doch sein Handeln ausschlaggebend davon berührt, welche Motive ihm bei seiner Wahl zur Verfügung stehen. Nichts dürfte leichter einzusehen sein, als daß man durch Vermehrung der guten und rechtlichen Motive und durch Minderung der schlechten und rechtsfeindlichen Motive sowohl sittliche wie rechtliche Besserung herbeizuführen vermag. Hängt dagegen der Einfluß der Motive notwendig davon ab, wie die innere Eigenart beschaffen ist, dann läßt sich gar nicht denken, wie da durch Motivsetzung irgendwie etwas erreicht werden soll. Total ausrotten müßte man den gegebenen antisozialen Charakter, die vorhandene rechtsfeindliche Persönlichkeit, wie man etwa ein Geschwür durch Operation beseitigt. Diese Besserung wäre nur eine besondere Art der künstlichen Selektion durch dauernde Unschädlichmachung. Dem Deterministen verbietet somit nicht nur die praktische Undurchführbarkeit des Besserungsgedankens, sondern auch die Beschaffenheit des Strafobjekts, in der Besserung ein Strafmittel zu sehen. Dauernde Ausscheidung aus der Gesellschaft ist das einzige Mittel, das ihm als wirksam im Kampfe gegen das Verbrechen zur Verfügung steht. Eine Strafe dürften selbst die Modernen in dieser Maßregel nicht erblicken. Strafe bedeutet ihnen Motivsetzung durch individuelle Behandlung, Motivierung. Durch Ausscheidung aus der Gesellschaft wird aber dem Verbrecher kein Motiv gesetzt, keine individuelle Behandlung zu Teil, vielmehr stellt dieses Mittel die ultima ratio dar, die letzte Zuflucht, wenn keine Art der Einwirkung auf den Täter mehr möglich ist. Wollte man auf diese Maßregel das Wort Strafe anwenden, dann müßte man auch das Beseitigen schädlicher Tiere, ja selbst das Beseitigen gefahrdrohender Gegenstände ein Strafen nennen; denn stets handeln wir dabei aus dem gleichen Grunde und zum gleichen Zwecke. So weit werden aber selbst die Modernen in der Vergewaltigung des Sprachgebrauches nicht gehen.

[1]) z. B. von Liszt, Aufs. II. 12.
[2]) cf. von Birkmeyer, Studien 108 ff.

Nach dem Gesagten scheint mir die Forderung der Modernen nach einer Ersetzung der Verbrechenseinteilung durch eine Klassifikation der Verbrecher und die ihr entsprechende Postulierung verschiedener Strafmittel deterministisch betrachtet, wenn nicht völlig zwecklos, so doch geradezu ohne jede Bedeutung. Was soll vor allem eine „möglichste Differenzierung nach den Intensitätsgraden seiner verbrecherischen Gesinnung"?[1]) Bei den Unverbesserlichen liegt der höchste Intensitätsgrad, nämlich Unausrottbarkeit vor; deshalb ist für sie das Höchstmaß der Strafe, also dauernde Unschädlichmachung, notwendig. Bei den Besserungsfähigen wird freilich die Strafe für jeden Einzelnen von verschiedener Dauer sein müssen. Allein hier entscheidet, wie wir noch sehen werden, die Wirkung des Strafvollzuges, während der „Richter" für alle ohne Unterschied ein unbestimmtes Urteil erläßt, etwa dahin lautend, daß die betreffenden als besserungsfähige Gemeingefährliche behandelt werden können und müssen. Die Beantwortung der Frage aber, ob der zu Behandelnde in eine Irrenanstalt, ein Besserungshaus, ein Trinkerasyl oder in eine andere Heilanstalt zu verbringen sei, richtet sich nach dem körperlichen oder geistigen Zustande des Betreffenden, hat also mit der antisozialen Gesinnung gar nichts zu tun. Der Augenblicksverbrecher ist nicht mehr rechtsfeindlich geartet und hat darum einen berechtigten Anspruch auf Straflosigkeit; mit ihm wegen seiner vergangenen Gesinnung und Tat rechten zu wollen, hieße „rohe Vergeltung" an ihm üben. Wozu nach alledem und wie diese von den Modernen verfochtene „psychologische Dreiteilung der Verbrecher" noch weiter ausgebaut, noch „verfeinert" werden soll, dürfte schwer einzusehen sein.

§ 3. Von ihrem Grundgedanken ausgehend, daß den Gegenstand der Strafe die antisoziale Gesinnung oder Eigenart des Täters bilde, gelangten die Modernen zu dem Grundsatze, daß für Art und Maß der Strafe bestimmend sein müsse eben jene antisoziale Gesinnung[2]) oder, was gleichbedeutend damit ist, die Gefährlichkeit für die Gesellschaft[3]) oder die Einteilung der Verbrecher.[4]) Diese Konsequenz wurde von den meisten Vertretern der Gesinnungsstrafe gezogen, wenn auch der eine oder andere kompromisseshalber, sei es für die Art[5]), sei es

[1]) von Liszt, Aufs. II. 391.
[2]) von Liszt, Aufs. II. 383, ferner 57, 62, 89, 191, 389, 390, 409.
[3]) Heimberger, Zur Reform d. Strafvollzuges 28.
[4]) von Liszt, Aufs. II. 170.
[5]) von Liszt, Aufs. II. 395.

für das Maß[1]) der Strafe, die Schwere der Tat bestimmend sein lassen will. „Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung“[2]), das ist nach von Liszt in ein Wort zusammengefaßt die Forderung, welche die Modernen heute an das künftige Strafgesetzbuch für das deutsche Reich stellen. „Nicht Proportionalität zwischen Verbrechen und Strafe soll gesucht werden, für die es vollkommen an einem verlässigen Maßstabe mangelt, sondern Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung“, so führen nach Ebermayer[3]) die Vertreter der modernen Schule aus. Nach von Liszt liegt in dieser Forderung nicht weniger als der „oberste Grundgedanke, von dem die gesamte Reform unserer Strafgesetzgebung auszugehen hat“.[4]) Zunächst müssen sich einmal die Arten der Strafe nach der Eigenart des Täters bestimmen. Die Strafart muß sich der Individualität anpassen, lautet eine These Aschaffenburgs.[5])

Dem Zwecke der dauernden Unschädlichmachung des Unverbesserlichen nun vermögen nur 2 Arten der Strafe zu dienen, die Todesstrafe und die Einsperrung auf Lebensdauer. Was erstere betrifft, so dürfte, falls nicht vergolten werden sollte, sondern der Täter nur im Interesse der Gesellschaft ausgeschieden werden müßte, vom indeterministischen Standpunkte aus kaum ein stichhaltender Grund gegen sie vorzubringen sein. Nach Goldschmidt[6]) wird die Todesstrafe nicht gelegentlich einer Strafreform fallen, bei welcher nur der soziale Sicherungsgedanke die treibende Kraft ist. Für den Deterministen dagegen käme außer etwa der Geldfrage nichts in Betracht, was eine solche Maßregel rechtfertigen könnte. Anders dagegen steht es mit der lebenslänglichen Isolierung. Einsperrung auf Lebensdauer, das ist die einzig zweckmäßige und darum gerechte Strafe für die Unverbesserlichen. Eine solche Einsperrung, die nach unserer heutigen Auffassung von Recht und Sitte, wenige Fälle ausgenommen, geradezu als ein Verbrechen erscheinen müßte, hat für den Deterministen nichts Verwerfliches an sich, stellt sie doch eine seines Erachtens im sozialen Interesse notwendige Maßregel dar. Dem Verbrecher sind unübersteigbare psychische Schranken gezogen. Nur eine einzige Gasse gibt es für seine Lebensbetätigung und diese

[1]) Ebermayer, Verh. d. 29. Juristentages I. 263.
[2]) von Liszt, Aufs. II. 381.
[3]) Ebermayer, Verh. d. 29. D. Juristentages I. 261.
[4]) von Liszt, Aufs. II. 376/377.
[5]) Aschaffenburg, Gutachten für den 28. D. Juristentag II. 1906 S. 32.
[6]) J. Goldschmidt, Vergleichende Darstellung, Allg. T. IV. 1908 S. 319/320.

führt zu lauter antisozialen Handlungen. Jede physische Schranke, die ihm gezogen wird, bietet ihm nur Gelegenheit, weniger Verbrechen zu begehen. Statt „eine Krankheit am sozialen Körper“[1]) zu bilden, kann er nun durch, wenn vielleicht auch nicht besonders wertvolle Arbeit der Gesellschaft noch nützen, der zu schaden er durch ein unseliges Geschick bestimmt wurde. Aber außer der Einsperrung darf den unverbesserlichen Verbrecher kein anderes Uebel treffen. Er kann ja nichts dafür, daß er die Rechtsordnung verletzte, daß er die Gesellschaft gefährdet. Darum wird ihm auch nicht vergolten, sondern er wird im Interesse der Gesellschaft und in seinem eigenen Interesse isoliert und dadurch vor dem traurigen Geschick bewahrt, seinen Mitmenschen fort und fort Wunden zu schlagen. Ihm in seiner Einsamkeit sonst noch irgend welches Uebel zuzufügen, wäre nicht einmal Vergeltung, sondern rohe Grausamkeit. Im Gegenteil dafür, daß er die in ihm steckende Gefahr offenbarte und zum Schutze der Gesellschaft sich einsperren ließ, gebührt ihm, wenn nicht Dank, so doch jedenfalls Verschonung von Entbehrung auch nur irgend einer Wohltat, die man ihm zu teil werden lassen kann, ohne eine Gemeingefahr heraufzubeschwören. So läge gar nichts im Wege, seine Familie, so weit sie freiwillig damit einverstanden wäre oder gar darnach verlangte, mit ihm zu vereinen. Auch sonst müßte alles geschehen, was ihm sein Unglück zu erleichtern imstande wäre. Meines Erachtens gibt es nichts, was dieser humanen Behandlung widersprechen könnte. Würde nun aus irgend einem Grunde es nicht möglich sein, für die Unverbesserlichen die nötigen Isolieranstalten herzustellen, dann bliebe als ultima ratio nur die Todesstrafe. Denn so wenig es anginge, tollwütige Hunde, für die Sicherungsmaßregeln zu treffen unmöglich würde, einfach wieder laufen zu lassen, ebenso wenig gestattete der Schutz der Gesellschaft, die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, antisoziale Elemente wieder auf ihre Mitbürger loszulassen. Aber „der Staat darf nicht durch plötzliches Abschneiden des Lebensfadens die tiefen Absichten des menschlichen Daseins vereiteln“, wendet Fritz Auer[2]) gegen die Todesstrafe ein. Allein wenn diese tiefen Absichten auf eine Untergrabung der Ordnung im Staate hinzielen, wenn sie Güter der Staatsbürger zu verletzen oder gar zu vernichten drohen, warum soll da nicht der Staat, dem andere Mittel fehlen, jene auch durch plötzliches Abschneiden des Lebensfadens vereiteln dürfen? Hat der Staat die Aufgabe,

[1]) Fritz Auer, Soziales Strafrecht 5.
[2]) Soziales Strafrecht 20.

die Gesellschaft vor den antisozialen Elementen zu schützen, so hat er auch das Recht, das geeignete Strafmittel zu wählen und in Anwendung zu bringen. Erscheint die Todesstrafe zweckmäßig, also auch gerecht, so darf er sich ihrer bedienen, zumal ja für ihn ihre wirtschaftliche Wirkung insofern sogar nach Auer[1]) eine erfreuliche ist, „als er den Verurteilten nicht lebenslänglich zu füttern braucht".

Für die Wahl der gegen die Unverbesserlichen anzuwendenden Strafart entscheidet, wie wir sahen, nicht die antisoziale Gesinnung, sondern die Zweckmäßigkeit, die moderne Gerechtigkeit. Anders liegt dagegen die Sache bei den Besserungsfähigen. Hier kommt einzig und allein jener Gesinnung die Entscheidung zu. Die Todesstrafe ist dieser Verbrechergruppe gegenüber von vornherein ausgeschlossen; denn sicherer könnte der Besserungszweck wohl kaum vereitelt werden. Dagegen darf von Freiheitentziehung auch bei ihnen nicht abgesehen werden; denn so lange eine Besserung bei ihnen noch nicht erzielt ist, so lange sie also noch eine rechtsfeindliche Gesinnung beherrscht, bilden sie eine Gemeingefahr und müssen daher für diese Zeit unschädlich gemacht werden. Daß diese Einsperrung für den Betroffenen kein Uebel zu bedeuten braucht, hat von Liszt selbst zugegeben, indem er erklärte, daß man wohl imstande sei, die Gefängnisse so behaglich zu gestalten, daß die Sträflinge nicht daran dächten, fortzulaufen.[2]) Damit stimmt überein, daß für die Besserungsfähigen die Einsperrung keine Strafe, sondern nur eine notwendige Maßnahme im Interesse der Gesellschaft darstellt. Von Liszt verlangt, daß die Jugendlichen in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt verwiesen werden, daß eine Zwangserziehung stattfindet. Nur bei den „straffähigen" Jugendlichen habe zunächst eine Strafe einzusetzen und daran eine Einweisung in ein Besserungshaus sich anzuschließen. Derselbe billigt bei einer Besprechung des Vorentwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches die von Stooß vorgeschlagene Ergänzung der öffentlichen Strafe durch Schulzucht, staatlich überwachte Erziehung und Besserungsanstalt.[3]) Daraus ergibt sich klar, daß Strafe und Besserung auch nach von Liszt, dem Führer der Modernen, zwei ganz verschiedene Begriffe sind. Die Einsperrung der Besserungsfähigen, also Jugendlichen, ist jedenfalls keine Besserungsstrafe. Kahl[4]) nennt es im allgemeinen eine Illusion, daß die Freiheitsstrafe

[1]) Soziales Strafrecht 19.
[2]) Aufs. II. 50.
[3]) Aufs. II. 105.
[4]) Das neue Strafgesetzbuch 19.

dem Besserungszwecke diene. Die Strafanstalt ist nach Heilborn[1]) nicht der zur Erzielung von Besserungsresultaten geeignete Ort. Wach, Die kriminalistischen Schulen 32 illustriert: „Die Gefängnisluft ist keines Menschen Element, das Haftlokal kein Tummelplatz für die Bildung des Charakters, die Strafknechtschaft, die aufgezwungene Verneinung jedes eigenen Willens, kein Mittel zum Wandel der antisozialen Gesinnung, des penchant au crime". Können so die Modernen von ihrem prinzipiellen Standpunkt aus in der Freiheitsentziehung überhaupt keine Strafe sehen, so muß naturgemäß die Frage nach den verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe in ihren Augen bedeutungslos erscheinen.[2]) Ob entehrendes Zuchthaus und nichtentehrende Haft, ob neben dem Zuchthaus nur noch Haft oder als Mittelart noch Gefängnis, ob eine weitere Ausgestaltung oder völlige Beseitigung der custodia honesta, der Festungshaft, alle diese Fragen, die für den Vergeltungstheoretiker brennendes Interesse haben, entbehren für den folgerichtigen Anhänger der Schutzstrafe jeglicher Bedeutung. Da einzig die antisoziale Gesinnung den Ausschlag gibt, hat es keinen Sinn, innerhalb der Freiheitsentziehung noch irgend welche Differenzierung eintreten zu lassen.

Wie steht es mit den übrigen Strafarten hinsichtlich ihrer Brauchbarkeit? Die Prügelstrafe dürfte kaum einer rechtlichen Besserung dienlich sein. Soziale Grundsätze einzupflanzen scheint sie nicht geeignet; sie verbittert und verroht vielmehr. Wie mit Recht hervorgehoben wurde, könnten daraus für den Bestraften nur neue verbrecherische Motive entstehen. Zu sozialem Handeln treibt sie nicht an. Ob sie sittliche Besserung herbeizuführen vermag, wäre immerhin fraglich. Nach Köhler[3]) wirkt sie demoralisierend. Allein es kommt gar nicht auf sittliche, sondern nur auf soziale Besserung an. Was von der Prügelstrafe gesagt wurde, gilt ebenso für alle anderen Leibesstrafen. Auch Ehrenstrafen darf nicht das Wort geredet werden. Wir sahen, daß man dem Verbrecher seine Tat weder zur Ehre noch zur Unehre anrechnen darf, weil ihn keine Schuld trifft. Den Begriff Ehre kennt der folgerichtige Determinist gar nicht. Ob jemand von seinen willensunfreien Mitbürgern geachtet wird oder nicht, hängt nicht von ihm, sondern

[1]) P. Heilborn, Die kurze Freiheitsstrafe 1909 (Heft II der Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform). S. 69.

[2]) E. Ullmann in Gerichtssaal Bd. 34 (1882) S. 32/33 erklärt es als eine Konsequenz der Besserungstheorie, dass die Arten der Freiheitsstrafen überflüssig wären und für die verschiedenartigen Verbrechen eine einzige Freiheitsstrafe genügte.

[3]) A. Köhler, Reformfragen des Strafrechts 1903 S. 36.

von der inneren Eigenart jener ab. Wofür sollten sie ihn auch achten? Sein Verhalten ist ja weder achtbar, noch verachtenswürdig. Mit dem Begriff der Ehre aber fällt auch der der Ehrenrechte und damit der Ehrenstrafen. Vermögensstrafen müssen vom Standpunkt der Modernen aus als direkt verwerflich angesehen werden; denn sie sind nur geeignet, dem Verbrecher neue Nahrung zur antisozialen Betätigung zu geben. Die Besserungsvorschläge, welche von den Modernen in Bezug auf die Geldstrafe gemacht wurden, haben daher alle nichts mit ihrem Prinzipe zu tun. Ihre gewiß tatkräftige Reformarbeit auf diesem Gebiete entspricht nicht der von ihnen vertretenen Grundauffassung; nichts ist daher verfehlter, als auf diese ihre Reformtätigkeit als Beweis für die Richtigkeit und die Vorzüge ihres Prinzipes hinzuweisen. Die Umwandlung der uneinbringlichen Geldstrafe wäre übrigens vom Standpunkt der Modernen aus nur zu billigen, bedeutet doch für sie Gerechtigkeit soviel wie Zweckmäßigkeit. Es ist gar nicht einzusehen, warum es „eine Verhöhnung" der Zweckmäßigkeit sein soll, wenn für dasselbe Verschulden der Wohlhabende bezahlt, der Arme dagegen sitzen muß.[1]) Bei wirklichem Festhalten an ihrer grundsätzlichen Auffassung und bei konsequenter Durchführung derselben müßten die Modernen hinsichtlich der Besserungsfähigen auf alle bisherigen Strafarten verzichten. An ihrer Stelle hätte als einzige Art die Einpflanzung sozialer Grundsätze, Motivsetzung, kurz rechtliche Besserung zu treten. Ob diese freilich überhaupt zu erreichen wäre und wie, darüber geben die Schriften der Modernen keinen Aufschluß und können keinen solchen geben, da von ihrem Standpunkte aus, wie bereits ausgeführt wurde, Besserung unmöglich ist.

Bevor wir uns nun dem Strafmaße zuwenden, sind noch zwei Strafarten oder vielleicht besser gesagt zwei Unterarten der Freiheitsstrafe auf ihre Brauchbarkeit für das Gesinnungsstrafrecht zu prüfen. Die Frage der Deportation hat in den letzten Jahren gerade für Deutschland wieder großes Interesse gewonnen. Immer lauter erheben sich die Stimmen, die in grellen Farben ausmalen, wie der Verbrecher hinter den ungesunden, lichtleeren Zuchthausmauern bei lebendigem Leibe „ekelhaft verfault", wie lange Einzelhaft, eintönige und abstumpfende Beschäftigung, Entwöhnung vom Verkehr mit Menschen „die geistige Beweglichkeit und die Fähigkeit zu späterem wirtschaftlichen Wettbewerbe in der Freiheit herab-

[1]) cf. von Liszt, Aufs. II. 117.

drücken und rauben“[1]) und wie die Fruchtbarmachung inländischer Oedflächen, Wildbachverbauungen, Weinberganlagen und ähnliche Arbeiten im Freien einen nur allzu spärlichen Ersatz bieten, wie dagegen in der Strafkolonie, wo Freiluft weht, wo Verachtung und Vorurteil gegen den mit dem „Kainszeichen des Gesessenhabens“ behafteten Sträfling zu den Dingen gehören, die es dort glücklicherweise nicht gibt, wie da jene Elemente in frischer, gesunder Arbeit dem Staate unbezahlbare Dienste leisten und ihm jährlich große Summen ersparen, die er sonst für Kolonisationsarbeiten aufbringen müßte. Welche Stellung hat der folgerichtige deterministische Vertreter der Gesinnungsstrafe dem gegenüber einzunehmen? Den Hauptgrund, den man für die Deportation geltend macht, daß sie nämlich besonders geeignet sei für die entlassenen Sträflinge „eine Ueberleitung in die Freiheit zu schaffen und ihnen in fernen Gegenden die Gründung jener menschenwürdigen Existenz zu ermöglichen, die ihnen hier verschlossen ist“, daß die Aussicht, nach Verbüßung der Strafe die Früchte ihrer Strafarbeit zu genießen, ihnen Lebensmut und Tatkraft verleihe, können die Modernen nicht anerkennen. Für den Unverbesserlichen kommt eine solche Aussicht überhaupt nicht in Frage, da eben keine Freiheit mehr winkt. Was aber den Besserungsfähigen betrifft, so wäre es grausam, ihm nach vollzogener Heilung irgendwie sein doch unverschuldetes Unglück nachtragen zu wollen und ihn nicht in das Vollrecht des freien Bürgers wieder einzusetzen. „Die Losreißung von der Heimat und allen dem Verbrecher bisher gewohnten Verhältnissen“ würde als ein gleiches Uebel wie die Zuchthausstrafe empfunden[2]); dem Gebesserten und darum wieder sozial Gesinnten aber ein solches Uebel zuzufügen, hieße nichts anders als Vergangenes vergelten. Was hilft es, wenn die Modernen „den Schwachen aufrichten“, darnach aber nichts mehr von ihm wissen wollen! Es bestünde auch nicht der geringste Schein eines Rechts dafür. Der moderne Strafrichter muß seinen Blick nach vorwärts richten, muß darnach trachten, die gefährliche antisoziale Gesinnung auszurotten. Da nun beim Gebesserten von rechtsfeindlicher Gesinnung keine Rede mehr ist, so mangelt es für das strafende Eingreifen am Zweck. Die zweckmäßige Strafe aber ist allein die gerechte. Dazu kommt noch, daß die Gesinnungsstrafe der Modernen sich keine Anerkennung erringen kann und wird, solange es diesen nicht gelingt, das Volk davon

[1]) Heimberger, Was dürfen wir von einem neuen Strafgesetzbuch erwarten? 1909 S. 13, 14.

[2]) Ebermayer, Verh. d. 29. D. Juristentages 274.

zu überzeugen, daß den Verbrecher wirklich für sein unrechtes Handeln keine Schuld trifft, daß man ihm deshalb sein Tun nicht zur Schande anrechnen darf. Hat sich aber diese Ueberzeugung einmal völlig durchgerungen, dann hört auch das gegen entlassene Sträflinge bestehende Vorurteil auf und das Kainszeichen des Gesessenhabens wandelt sich um in ein Zeichen dafür, daß der mit ihm Behaftete nunmehr ein bewährt sozialgesinnter Charakter ist, ein Gesunder im Gegensatz zu den vielen Kranken, die sich bisher geschickt der Hand des sozialen Arztes zu entziehen wußten. Den aus der bessernden Strafschule der Modernen hervorgehenden Arbeitskräften müßte eigentlich jeder vernünftige Mensch bereitwillig seine Türe öffnen.

Auch für die Zeit bis zur Besserung dürfte sich die Deportation nicht als besonders geeignete Strafart empfehlen. Solange man die Verbrecher an Orte verschickt, wo freie Menschen wohnen — und andere Orte stehen heute wohl nicht mehr zur Verfügung —, kann und darf man einer Einsperrung nicht entbehren, wenn anders man jenen mit der Sträflingssendung beglückten Koloniebewohnern nicht jede Menschenwürde absprechen will. Mag auch die Bevölkerung in den ev. in Betracht kommenden Kolonien im Verhältnis zu der unserigen ganz gering sein, der freie Mann in der Kolonie hat den gleichen „Anspruch auf Ruhe und Sicherheit" wie der friedliche Bürger in Europa. Die „Schutzgebiete" sind nicht dazu da, das Mutterland gegen seine Verbrecher zu schützen, und es ist kaum glaublich, wenn man das Recht auf eine solche Handlungsweise mit dem Satz begründen hört: „Schließlich ist uns doch das Hemd näher als der Rock".[1]) Ob zuletzt die Kostenfrage nicht auch gegen die Deportation spricht, wie dies vielfach geltend gemacht wird, mag dahingestellt sein. Jedenfalls bedeutet die Strafverschickung vom Standpunkte der Gesinnungsstrafe aus gegenüber dem entlassenen Sträflinge eine in keiner Weise zu rechtfertigende, zwecklose Gewaltmaßregel, gegenüber dem zu Strafenden aber nur eine statt im Inland in einer überseeischen Kolonie zu verbüßende Freiheitsstrafe, die sich von der inländischen in nichts außer etwa in der Kostspieligkeit unterscheidet.

Eine Strafart, die von den Modernen aufs heftigste bekämpft wird, muß hier noch besprochen werden. Die Vertreter der Gesinnungsstrafe verurteilen einstimmig die kurzen Freiheitsstrafen, da sie weder besserten, noch abschreckten oder unschädlich machten und deshalb zwecklos seien. Daß dauernde

[1]) Heimberger, Zur Reform des Strafvollzuges 37.

Unschädlichmachung nicht ihre Aufgabe sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Ob sie abzuschrecken vermögen oder nicht, interessiert uns nicht. Hier kommt es nur darauf an, ob sie zu bessern im Stande sind. Wir haben gesehen, daß die sog. Freiheitsstrafe überhaupt nicht zu bessern berufen ist; denn es gilt nicht eine sittliche, sondern eine rechtliche Besserung zu erreichen. Ob der Besserungsfähige bis zur eingetretenen Heilung eingesperrt wird oder in einer so angenehmen Kuranstalt seine kurze antisoziale Existenz zubringt, daß er gar nicht daran denkt, fortzulaufen, hat für den Begriff der Freiheitsstrafe keinerlei Bedeutung. Daraus folgt aber, daß die Dauer dieser Einsperrung oder freiwilligen Absonderung sich bemißt nach der Dauer des Besserungsprozesses und damit mittelbar nach der Gesinnung. Wenn nun eine Dauer von wenigen Tagen genügt, um die noch sehr wenig eingewurzelte antisoziale Gesinnung auszurotten, wäre es zwecklos und ungerecht, mehrere Monate oder Jahre lang einsperren zu wollen. Steht dagegen fest, was aber die Modernen erst noch beweisen müßten, daß eine noch so wenig intensive rechtsfeindliche Eigenart nicht in einigen Tagen oder Wochen ausgerottet zu werden vermag, sondern eine Jahre lange Behandlung erfordert, dann ist die kurze Freiheitsstrafe von ihrem Standpunkte aus freilich zu verwerfen. Nach Ebermayer[1]) sollen und können kurze Freiheitsstrafen nicht bessern. Der Gefängnisdirektor S. Grundtvig in Kopenhagen dagegen erklärt[2]): „Wenn die Gegner der kurzen Freiheitsstrafen (daher) geltend machen, daß man einen Menschen im Laufe von Wochen oder Monaten nicht bessern oder seinen Charakter nicht verändern könne, so beweist dieses Argument nur einen Mangel an genügender Kenntnis von den Anfängern der Verbrecherwelt". Soll die nach Ansicht der Modernen zwecklose kurze Freiheitsstrafe ersetzt werden, so kann dies nur durch eine langdauernde Freiheitsentziehung geschehen. Wertlos dagegen scheinen mir alle anderen als Ersatz vorgeschlagenen Mittel. So vor allem das Wirtshausverbot. Mit Recht betont man, daß seine Durchführung zumal in den Großstädten an der Unmöglichkeit einer ausreichenden Ueberwachung scheitern muß.[3]) In der Hauptsache aber wird man doch von dieser Maßregel eine moralische Wirkung, eine sittliche Besserung erhoffen, ein Erfolg, der nicht angestrebt wird. Dazu kommt, daß eine solche bloße

[1]) Verh. d. 29. D. Juristentages 280.
[2]) MIKV. XVI. (1909) 484.
[3]) Ebermayer, Verh. d. 29. D. Juristentages 273; ähnlich Heimberger, Was dürfen wir . . 20.

Ortsverweisung in keiner Weise ausreicht, um die Gesellschaft vor dem noch nicht Gebesserten und deshalb Gefährlichen zu schützen. Von einer Unschädlichmachung bis zum Eintritt der Besserung kann eine zweckmäßige, auf deterministischer Basis ruhende Schutzstrafe nicht absehen, wenn sie nicht durch völlig willkürliche Selbstbeschränkung die Erreichung ihres Zweckes selbst vereiteln will. Außer dem Wirtshausverbot sollen noch Hausarrest, Verweis, Friedensbürgschaft, Zwangsarbeit, Geldstrafe, Prügelstrafe, bedingte Verurteilung die kurze Freiheitsstrafe zu ersetzen geeignet sein. Wie wir sahen, liegt nicht in der Freiheitsentziehung das bessernde Moment der Strafe, sondern sie bedeutet nur eine notwendige Maßregel neben der Besserungskur. Daraus erhellt, daß der Hausarrest als bloße Freiheitsentziehung sich unmöglich als Ersatz eignen kann. Auch steht seiner Durchführbarkeit das gleiche Bedenken entgegen wie beim Wirtshausverbot. Der Verweis, in dem nach Fritz Auer „nichts Geringeres steckt als die Zukunftsstrafe, die Strafe eines hochentwickelten Kulturvolkes, das keine Gefängnisse mehr kennt“ [1]), kann im Strafensystem der Modernen keinen Platz beanspruchen. Er macht nicht unschädlich und vermag auch keine rechtliche Besserung herbeizuführen. Oder sollte er zu Stande bringen, was einer, wenn auch kurzen Freiheitsstrafe nicht gelingt? Der Verweis soll den Zweck erfüllen, den Jugendlichen solange wie möglich vor dem Gefängnis zu bewahren.[2]) Allein wenn die Tat dem Verbrecher nicht zur Schande gereicht, so behaftet ihn die Einsperrung ins Gefängnis nicht mit einem Makel. Man wird niemanden darum ansehen, daß er einmal ins Krankenhaus verbracht wurde. Nichts anderes aber als eine Heilanstalt, ein moralisches Sanatorium, wie Merkel einmal sagt, darf der Determinist in der Gefangenenanstalt erblicken. Das Gefängnis der Modernen bedeutet für den Unglücklichen Besserung, Rettung; man muß froh sein, daß er durch seine rechtsfeindliche Aeußerung die Notwendigkeit einer Besserung bekundete, und darf ihm die heilende Kur nicht vorenthalten. Auch die Friedensbürgschaft eignet sich in keiner Form als Strafart. Für den Fall, daß der Verbrecher ev. die betreffende Summe verliert, stellt sie nichts weiter als die Androhung einer Geldstrafe dar, vermag also im besten Falle abzuschrecken. Wird aber dem Verbrecher das Geld genommen und bekommt er es ev. wieder, wird bezw. dem Unbemittelten für den Fall guten Verhaltens eine Belohnung versprochen, so mag darin ein kräftiges Motiv

[1]) Soziales Strafrecht 27.
[2]) Ebermayer, Verh. d. 29. D. Juristentages 296.

liegen. Allein auf die Gesinnung, auf die Eigenart muß eingewirkt werden. Was hilft das beste Motiv, wenn die Eigenart auf dasselbe nicht reagiert, durch dasselbe sich nicht bestimmen läßt? Anders steht es mit der Zwangsarbeit. Sie muß als eine vorzügliche Besserungsmaßregel bezeichnet werden. Wenn aber, wie die Modernen behaupten, die Besserung Jahre braucht, so ist auch mit einer Zwangsarbeit von wenigen Tagen oder Wochen nichts geholfen. Als Schutzstrafe hat sie nicht den vollen Wert, da sie für die Zeit bis zum Eintritt der Besserung die Gesellschaft nicht genügend gegen den Verbrecher schützt. Was ferner die Geldstrafe und die Prügelstrafe betrifft, so haben wir beide als ungeeignet bereits abgelehnt. Hinsichtlich der bedingten Verurteilung, die nach von Liszt dem Grundgedanken der Modernen ihre Entstehung verdankt, ist das gleiche zu sagen wie vom Verweis, da auch sie hauptsächlich darauf hinausgeht, den Verbrecher der bessernden Behandlung zu entziehen. Ja, es muß von ihr behauptet werden, daß sie dem Prinzipe der Gesinnungsstrafe direkt widerstreitet. Der soziale Schädling begeht ein Verbrechen, bleibt durch die bedingte Verurteilung straffrei und begeht nun später wieder ein Verbrechen. Soll für die Bestrafung allein bestimmend sein die antisoziale Eigenart, so wird er nur gestraft mit Rücksicht eben auf diese Eigenart und nicht mehr. Kommt aber zu dieser zweckmäßigen Strafe noch eine Strafe wegen des Vordeliktes, so muß man sich doch fragen, wozu diese Zusatzstrafe? Weil er jenes Vordelikt beging? Unmöglich, weil damit sonst Vergeltung geübt würde, Vergeltung aber vom deterministischen Standpunkte aus „nicht nur eine Versündigung des Herzens, sondern auch eine Verirrung des Verstandes“ bedeutet. Weil er damals nicht gestraft wurde? Daran trägt ja nicht er die Schuld, sondern die Gesellschaft selbst, die ihn wieder laufen ließ. Die bedingte Verurteilung, die wohl auch vom Vergeltungsstandpunkte aus nicht vertreten werden kann, widerspricht somit der Grundauffassung der Modernen und darf deshalb nicht nur nicht als Ersatz für die kurze Freiheitsstrafe, sondern überhaupt nicht in Betracht kommen.

Nun zum Strafmaß. Bestimmend soll für dasselbe die Intensität der antisozialen Gesinnung sein. „Wir suchen“, sagt von Liszt[1]), „das Maß der Strafe in der durch die Tat bewiesenen Gesinnung des Täters“. Daß das Strafmaß nicht nach der Tat, sondern nach dem Charakter, nach der Eigenart

[1]) Aufs. II. 91.

des Täters bestimmt wird, das ist der Grundgedanke der Modernen.[1]) Nehmen wir nun an, daß der unverbesserliche Verbrecher von einer dauernden Lähmung heimgesucht wird. Damit ist seine Gefährlichkeit für die Gesellschaft ein für allemal aus der Welt geschafft und jedes weitere Einschreiten verliert seine Berechtigung. Aus dem Gesagten ersehen wir, daß nicht sowohl die antisoziale Gesinnung als vielmehr nur die mit ihr gegebene Gefährlichkeit bestimmend sein kann für das Maß der Strafe. Man hat nun auch behauptet, daß es für das Maß nur einen grundsätzlichen Maßstab geben kann, nämlich die Intensität der antisozialen Gesinnung des Täters.[2]) Das würde nur für den Fall zutreffen, daß je nach Intensität dieser Gesinnung auch ein verschiedener Grad von Gefährlichkeit gegeben wäre. Allein es fragt sich, ob sich überhaupt verschiedene Grade der Intensität der rechtsfeindlichen Eigenart denken und gegebenenfalls feststellen lassen. Nehmen wir an, jemand begeht heute einen Mord, beteiligt sich morgen an einem leichten Diebstahl, unternimmt übermorgen einen schweren Raub. Wenn uns überhaupt etwas über die Intensität der Gesinnung in Kenntnis zu setzen vermag, so ist es das Handeln, das Verhalten des Menschen. Entsprechen nun in unserem Beispiele der verschiedenen Schwere der Tat verschiedene Stärkegrade der Gesinnung, so beweist das nicht mehr und nicht weniger, als daß die Intensität der Gesinnung nicht alle Zeit die gleiche ist, sondern beständig wechseln kann, daß sie mithin auf keinen Fall irgendwie sich eignet, einen auch nur einigermaßen sicheren Maßstab abzugeben. Wenn deshalb überhaupt von einer maßgebenden Intensität der verbrecherischen Eigenart die Rede sein soll, so kann darunter nur der Grad ihrer Festigkeit und damit der Grad des Widerstandes, den sie einer gegen sie sich richtenden Behandlung entgegensetzt, verstanden werden. Ist dem aber so, dann begreift sich unschwer, daß die Intensität nicht im vornherein festgestellt zu werden vermag, sondern aus dem Erfolg des Strafvollzuges sich erst ergibt, daß mithin das Maß der Strafe nicht im vornherein bestimmt zu werden vermag, sondern erst durch die Wirkung des Vollzuges sich finden läßt. Wo nun eine unausrottbare Gesinnung konstatiert wurde, haben wir den höchsten Grad derselben, also ein absolutes Maß ihrer Festigkeit. Daher rechtfertigt es sich auch, daß ein absolutes Maß der Strafe auf sie Anwendung finde, nämlich dauernde Unschädlichmachung.

[1]) von Liszt, Aufs. II. 19.
[2]) von Liszt, Aufs. II. 389, 390.

Freunde wie Gegner der modernen Gesinnungsstrafe haben diese Konsequenz gezogen, wenn auch die allzu große Geneigtheit zu Kompromissen bei ihren Verteidigern es verhinderte, daß sie eine solche durchgreifende Maßregel in klaren Vorschlägen forderten. Das Strafmaß bei den Besserungsfähigen dagegen muß gemäß der verschiedenartigen Empfänglichkeit für die Einpflanzung sozialer Grundsätze bei den einzelnen völlig unbestimmt sein. Jedes Höchst- oder Mindestmaß muß fallen. Wenn von Liszt ein Mindestmaß von zwei Jahren und ein Höchstmaß von fünf Jahren vorschlägt, so liegt darin eine Inkonsequenz. Und nicht anders kann es genannt werden, wenn derselbe H. Seuffert gegenüber die Bestimmung der Strafdauer durch den tatsächlichen Erfolg der Strafe, also die sog. unbestimmte Verurteilung verlangt, „selbstverständlich innerhalb des gesetzlichen Mindest- und Höchstmaßes." Ist der Mann in einem Jahr gebessert und damit ungefährlich, so bedeutet es eine Grausamkeit ohnegleichen, ihn trotzdem noch länger im Zuchthaus zurückzuhalten. Ist er aber in fünf Jahren noch nicht gebessert, dann wäre es Torheit und widerspräche jedem Zwecke, ihn nun schon laufen zu lassen; denn darin läge nichts weniger, als daß der noch nicht Gebesserte und daher noch Gemeingefährliche wie ein wildes Tier auf die schutzlose Gesellschaft losgelassen würde, eine Verkehrtheit, die gerade die Modernen dem geltenden Rechte vorwerfen und deren sie sich deshalb um so weniger schuldig machen dürfen. Nach von Liszt soll in diesem Falle eine Verwaltungsmaßregel auf den noch nicht Gebesserten Anwendung finden. Damit wird einmal das sog. Höchstmaß sofort wieder preisgegeben, zum anderen aber ergibt sich daraus, daß von Liszt für den Begriff Strafe nur eine unglaubliche Geringschätzung übrig hat. Warum sollen nur die ersten fünf Jahre Strafe sein, das sechste und die ev. folgenden nicht mehr? Durch reine Willkür wird eine Verwaltungsmaßregel hier zum Teil zur Strafe gestempelt. Ein deutlicher Beweis auch dafür, wie es mit der sog. Besserungsstrafe im Grunde bestellt ist! Beide Maßregeln, Strafe und nachfolgende Erziehung oder Besserungsanstalt, haben den gleichen Zweck, die gleiche Uebelnatur; der ganze Unterschied besteht darin, daß die Dauer der ersteren (ev.) vom „Richter", die der letzteren von der Verwaltungsbehörde festgesetzt wird, daß letztere erst angeordnet werden kann, wenn erstere bereits vollzogen ist. Nicht weniger willkürlich und ohne Sinn ist es, den Unterschied zwischen Strafe und Verwaltungsmaßregel darin zu suchen, daß erstere eine strafbare Handlung voraussetze, letztere nicht. Diese Unter-

scheidung finden wir bei von Liszt:[1]) „Wir haben aber niemals verkannt, daß Rettung oder Anpassung an die Gesellschaft wie Ausscheidung aus der Gesellschaft nicht erst dann notwendig wird, wenn eine strafbare Handlung begangen worden ist, daß mithin neben die Rettungs- und Sicherungsstrafen ein System von Rettungs- und Sicherungsmaßnahmen treten müsse". „Nur dann kann die sichernde Maßnahme nicht mehr Strafe sein, wenn ihr Eintritt nicht mehr an die Voraussetzung eines objektiv strafbaren Verhaltens geknüpft ist; aber gerade dann zeigt sich, daß sie inhaltlich nicht von der Strafe geschieden werden kann. Wie die Zwangserziehung ihrem Wesen nach dieselbe bleibt, mag sie nach § 57 des Deutschen Strafgesetzbuches wegen einer strafbaren Handlung oder nach einem der landesrechtlichen Fürsorgeerziehungsgesetze wegen sittlicher Verwahrlosung angeordnet sein, so wird das Arbeitshaus seine Eigenart bewahren. mag es Strafe oder sichernde Maßnahme sein". Strafe und Maßnahme haben darnach den gleichen Grund und Zweck, unterscheiden sich aber dadurch, daß die Strafe eine strafbare Handlung voraussetzt. Nun ist aber derjenige, der sich mit Mordgedanken trägt, sicher nicht weniger gefährlich wie der, welcher einen geringwertigen Gegenstand beschädigt hat. Grund und Zweck der Strafe ändern sich sonach durch die wirkliche Begehung eines Verbrechens nicht. Die Aufstellung des Vorliegens eines für den Schutzzweck so nebensächlichen Umstandes wie einer strafbaren Handlung als Voraussetzung der Bestrafung gründete sich daher auf nichts anderes als auf die Willkür des Gesetzgebers. Die Verwaltungsmaßregeln wegen Vorhandensein dieser Voraussetzung nun anders nennen zu wollen, hat wenig Sinn. Wir sehen, daß wir es da mit ganz oberflächlichen Unterscheidungen zu tun haben, an die sich die Modernen klammern, um glauben zu machen, daß sie am Strafrecht festhalten, daß sie das geltende Recht nicht gänzlich preisgeben, sondern daran anknüpfen, daß sie keine Revolution, sondern nur eine Reformation auf strafrechtlichem Gebiete herbeiführen wollen.

Aber nicht nur nicht der Gesetzgeber darf dem Maße der Besserungsstrafe irgendwie feste Grenzen setzen, auch der urteilende Richter muß sich jeder Vorausbestimmung des Strafmaßes enthalten.[2]) „Ausgebildete und untrügliche Seelenkunde",

---

[1]) von Liszt, Die sichernden Massnahmen in den drei Vorentwürfen, in der Oesterreichischen Z. Schr. f. Strafrecht. (Hrg. A. Löffler) 1. Jhrg. Hft. I. 1910 S. 4.

[2]) cf. E. Ullmann, GS. Bd. 34 S. 33; J. Kohler in Goltd. Archiv Bd. 56 S. 286.

ja „Prophetengabe“ würden dazu gehören, im vornherein feststellen zu wollen, bis wann die antisoziale Gesinnung ausgerottet, bis wann aus dem Verbrecher wieder ein sozial gesinnter Bürger geworden sei. Der Strafrichter vermag „in den wenigen Minuten oder selbst Stunden, während welcher der Verbrecher vor ihm steht, zu einem abschließenden Urteile über dessen wahre Gesinnung, die doch den Maßstab der Bestrafung abgeben soll, nicht zu gelangen.“[1]) Auf welche Weise kann also eine abschließende Festsetzung der Strafdauer erreicht werden? von Liszt selbst gibt die Antwort: „Die durchgreifendste Lösung bietet das unbestimmte Strafurteil, die indeterminate sentence. Der verurteilende Richter bestimmt die Strafdauer überhaupt nicht; diese bemißt sich vielmehr nach der Erreichung oder Nichterreichung des im einzelnen Falle verfolgten Strafzweckes, also nach der Wirkung des Strafvollzuges“.[2]) Bestimmt demnach die Erreichung des Zweckes allein das Maß der Strafe, dann darf in keinem Falle vom Richter irgend ein Höchst- oder Mindestmaß festgesetzt werden. Die Festhaltung einer jeden derartigen Begrenzung bedeutet eine Inkonsequenz und selbst von Liszt, der eine solche richterliche Abgrenzung vorschlug, sieht sich zu dem Geständnis veranlaßt: „Daß mein Vorschlag auf halbem Wege stehen bleibt, bestreite ich nicht“.[3]) Ein anderer Vorschlag, das vom Richter festgesetzte Höchstmaß je nach den Ergebnissen des Vollzuges zu verlängern oder zu kürzen, muß geradezu als sinnlos angesehen werden. Es ist eine stets von von Liszt „gepredigte Erkenntnis, daß der Strafrichter niemals in der Lage ist, vor oder während der Verhandlung die feste Grundlage für die endgültige Verurteilung des Angeklagten zu gewinnen“.[4]) Es wird also kaum in einem von 1000 Fällen dem Richter glücken, genau das zutreffende Maß zu finden. Stets wird mithin eine solche Verlängerung oder Kürzung nötig sein und die Festsetzung des bestimmten Höchstmaßes durch den Richter sinkt damit, um einen bekannten Ausdruck zu gebrauchen, zu einer Komödie herab. Völlig unbestimmte Strafurteile, das ist die notwendige Konsequenz der gesellschaftlich schutzanstrebenden Gesinnungsstrafe der Modernen. „Die unbestimmte Verurteilung“, sagt kein Geringerer wie von Liszt selbst, „ist die logisch unabweisliche Konsequenz aus dem . . . Grundsatze, daß dem Gemeinwesen gegen gemeingefährliche Verbrecher

[1]) von Liszt, Aufs. II. 91.
[2]) Aufs. II. 91/92; cf. dazu auch 133, 150.
[3]) Aufs. II. 93.
[4]) Aufs. II. 125.

ausgiebiger Schutz gewährleistet werden müsse".[1]) Auf diesem Grundsatze aber basiert die ganze Gesinnungsstrafe.

Bestimmt sich dem Gesagten zufolge das Maß der Besserungsstrafe ausschließlich nach der Wirkung ihres Vollzuges, so muß folgerichtig vom Standpunkte der Modernen aus jede, sei es bedingte oder unbedingte, Begnadigung verworfen werden. „Die sichernde Maßnahme" — und die Strafe der Modernen bezweckt Sicherung — „verträgt eben . . . keine Gnade".[2]) So wenig der Arzt eine unbedingt notwendig gewordene Operation aus Gnade oder sonst einem mit dem Heilzweck nicht zusammenhängenden Grunde unterlassen oder abbrechen darf, so wenig darf der Verteidiger der Gesinnungsstrafe einer Maßnahme seine Zustimmung erteilen, welche darauf abzielt, die für den sozialen Kranken notwendige rechtliche Besserung zu verhüten oder vorzeitig abzubrechen. Nur die tatsächlich eingegebene Arznei vermag dem wirklich Kranken zu nützen, nicht die versprochene und nicht die, von der er durch die Milde des Arztes verschont wurde. Noch mehr als die Begnadigung widerspricht die sog. bedingte Verurteilung dem Prinzipe der Gesinnungsstrafe. Das Urteil bildet nur das Rezept und mit Rezepten hat man noch keinen ernsthaft Kranken geheilt. Was sollte auch ein solcher Straferlaß? Er sichert nicht, er läßt den noch nicht Gebesserten ungebessert und selbst für den sog. Augenblicksverbrecher würde er nur eine Scheinmaßregel bedeuten, da bei ihm von rechtswegen gar kein Grund zur Bestrafung vorliegt. Ein Institut, das mit der Begnadigung manche Aehnlichkeit hat, sich aber doch wesentlich von ihr unterscheidet, nämlich die Rehabilitation und zwar die réhabilitation de droit, soll schließlich noch kurz erwähnt werden. Ob sie vom Vergeltungsstandpunkte aus sich verteidigen läßt, erscheint fraglich. Die deterministische Gesinnungsstrafe kann ihrer sicher entbehren. Ist der Sträfling gebessert, so hat er das gleiche Recht wie jeder andere, als soziales Glied angesehen und behandelt zu werden. Niemanden steht ein Recht zu, dem Unglücklichen daraus, daß eine Besserung für ihn für nötig befunden wurde, einen Vorwurf zu machen. Aber kein Vernünftiger wird ihm dieses Mißgeschick nachtragen wollen, vor dem ihn selbst doch nur Umstände bewahrten, an welchen ihm kein Verdienst zukommt. Würden die Deterministen ihre Mitmenschen erst einmal davon überzeugt haben, daß ihr Freiheitsbewußtsein nur ein Selbstbetrug sei, daß sie an ihren Verbrechen wie an ihren sozialen

[1]) Aufs. II. 150.
[2]) E. Hafter, ZS. Bd. 30 (1910) S. 736.

Großtaten nicht die geringste Schuld treffe, dann würde man dem sozialen Schädling seine Verurteilung so wenig ankreiden, als man heute jemand darum ansieht, daß bei ihm eine schwere Krankheit konstatiert und er deshalb einer ärztlichen Behandlung unterzogen wurde. Dem Gebesserten noch womöglich schwarz auf weiß bestätigen zu wollen, er habe ein Recht darauf, daß seine Verurteilung als nicht geschehen betrachtet werde, wäre wertlos und überflüssig.

§ 4.[1]) Das bisherige Strafrecht ist voll und ganz aufgebaut auf dem Schuldbegriff. Man kann es daher im Gegensatz zur modernen Gesinnungs- oder Charakterstrafe als Schuldstrafe bezeichnen, wie das z. B. von Birkmeyer in seinen Studien S. 17 tut. Vom Standpunkte des Deterministen aus muß jede Schuld geleugnet werden.[2]) In schärfster Weise hat dies der Hauptvertreter der Gesinnungsstrafe von Liszt selbst gegenüber Merkel betont: „Der überlieferte Schuldbegriff ist unhaltbar“[3]) „Wer das Dafür-Können streicht, der spielt mit Worten, wenn er dennoch von der Schuld des Schlechten spricht“.[4]) „Ohne Wahlfreiheit weder Schuld noch Vergeltung“.[5]) „Im staatlichen Leben wie im gesellschaftlichen Verkehr fällen und betätigen wir täglich Werturteile, die nicht auf Verdienst und Schuld sich gründen. Genau die gleiche Stellung hat der Determinist dem Verbrecher gegenüber einzunehmen“.[6]) Klippel in ZS. Bd. 10 S. 540 ff. ist schon früher von seinem deterministischen Standpunkte aus folgerichtig zu dem Resultate gekommen: „Da Willensfreiheit nicht existiert, so gibt es auch keine Schuld“. Man sollte nach alledem meinen, daß der Ausdruck Schuld aus der Strafrechtslehre der deterministischen Modernen verschwunden sei; denn es gibt entweder eine Schuld oder es gibt keine Schuld. Hier haben wir es nicht mit einem Worte zu tun wie Eigenart, Größe und ähnlichen begriffsscheidenden Bezeichnungen. Schuld ist ein ganz bestimmter Begriff und keinen anderen Begriff dürfen wir deshalb mit diesem Worte belegen, wollen wir nicht „eine

[1]) cf. von Birkmeyer, Studien S. 86—102.

[2]) cf. von Birkmeyer in seiner Encyklopädie d. Rechtswissenschaft 2. Aufl. 1904 s. 1100: „Muss aber jemand verbrecherisch wollen und handeln, so kann man ihm keine Schuld imputieren“. Dagegen L. Traeger, Wille Determinismus, Strafe 210: „Es ist . . falsch zu sagen, bei einem determinierten Wollen könne von Schuld nicht die Rede sein“. —

[3]) Aufs. II. 47.

[4]) Aufs II. 47.

[5]) Aufs. II. 49.

[6]) Aufs. II. 46; cf. ferner II. 48, 86, 216; Hoegel, die Einteilung der Verbrecher 43.

Sprache sprechen, die nur dem eingeweihtesten Fachmann verständlich ist, allen anderen, Gebildeten wie Nichtgebildeten, gegenüber nur zur Verhüllung unserer Gedanken dient", und wollen wir nicht „mit der souveränen Willkür des Stubengelehrten alle Ausdrücke umdeuten, wie es für unsere Zwecke paßt". Allein dem Bestreben, auch in dieser Hinsicht an das Bisherige, Gewohnte anzuknüpfen, rechnungtragend, sprechen auch die Modernen von Schuld, z. B. von Liszt, Kollmann und andere.[1]) Ja L. Traeger[2]) führt sogar aus: „Sobald man seinen Willen für frei hält, sobald man annimmt, daß sich der Täter auch anders hätte bestimmen können, entfällt der Schuldbegriff gänzlich". Nach Traeger dürfte also nur der Determinist von Schuld sprechen; nach dem Indeterminismus dagegen büßte hienach der Täter im letzten Grunde für den bloßen Zufall. Der Schuldbegriff ist ihm „unvereinbar mit dem Indeterminismus". Das ist nun eine eigentümliche Auffassung. Nach Traeger ist der Charakter etwas Angeborenes. Schuld ist ihm „ein Urteil über . . . die Charakterbeschaffenheit". Darnach wird der Täter beurteilt in Hinsicht auf etwas, was ihm angeboren ist, wofür er also nicht verantwortlich gemacht werden kann. Das Urteil trifft daher einen völlig Schuldlosen. Mit dem gleichen Rechte könnte man jemanden strafen, weil er verwachsen ist, und jede Operation käme einer Strafe gleich. Besitzt aber der Mensch Wahlfähigkeit, steht ihm selbst die Entscheidung zu, welchen von den verschiedenen Motiven er folgen will, dann läßt sich doch gar nicht einsehen, wieso das ein blindes Walten des Zufalls sein soll. Der Mensch ist ja auch nach Traeger „ein Wesen, das Einsicht in die Rechts- und Pflichtgebote und in deren Bedeutung für das allgemeine Leben hat". Liegt die Entscheidung bei ihm, so trifft ihn allein die Verantwortung. Auch wäre das Gefühl der Freiheit sowohl wie das Schuldgefühl im Menschen ein höchst überflüssiges und unwahres Gefühl und es wäre doch höchst verwunderlich, daß der Mensch sich für schuldlos hält an Dingen, die er tatsächlich nicht verschuldet hat — man denke an die Klagen des Professors, der die flotten Leutnantstage seines Vaters in seinem armen Rückgrate spürt —, und nur in Bezug auf sein Handeln sich schuldig fühlte, obwohl ihn hier keine Spur von Schuld treffen soll. Die Verknüpfung des Schuldbegriffes mit der Willensfreiheit scheint deshalb absolut

[1]) Delaquis, in Schweizer Z. Schr. f. Str. R. Bd. 22 (1909) S. 373 bei einer Besprechung von von Overbecks „Erscheinungsformen" behauptet: „Auch die Modernen akzeptieren den Satz: Keine Strafe ohne Schuld".

[2]) Wille, Determinismus, Strafe 203 ff.

nicht so unzulässig und widersinnig, wie Traeger behauptet. Der Schuldbegriff ist vielmehr nur mit dem Indeterminismus vereinbar. Damit erklärt sich auch leicht die Tatsache, daß die Deterministen den Schuldbegriff so verändert und umgestaltet haben, daß man ihn kaum mehr zu erkennen vermag. Was für die Anhänger der Vergeltungsidee die Schuld ist, das bedeutet für die Vertreter des Zweckgedankens die mit der antisozialen Gesinnung gegebene Gefährlichkeit.[1]) Da dieser Begriff nicht für alles Handeln, sondern nur für das rechtswidrige Handeln Geltung beanspruchen kann, so haben wir es hier also mit Schuld in einem engeren Sinne zu tun. Im Vergeltungsstrafrecht die freie Willensbestimmung zu einem Tun bezw. Unterlassen, hier im Gesinnungsstrafrecht die mit der rechtsfeindlichen Eigenart gegebene Gefährlichkeit. Dort mithin Schuld in Bezug auf die einzelne Tat, hier schuldhafter Zustand. Tatschuld — gefährlicher Charakterzustand, das ist der stets sich aufdrängende Gegensatz, ein Gegensatz, der sich aus dem zwischen Indeterminismus und Determinismus mit Notwendigkeit ergibt. Schuld hat für das Strafrecht die Bedeutung des Strafgrundes. Wir strafen den Verbrecher, weil er seinen Willen frei zur Tat bestimmt hat, weil er dafür kann, daß er das Verbrechen beging, und weil er deshalb dafür verantwortlich gemacht werden kann und, soweit die Gerechtigkeit es gebietet, auch verantwortlich gemacht werden muß. Anders der Determinist. Er sieht im Verbrecher einen Menschen, der kraft seiner angeborenen Eigenart wie der ihn umgebenden Verhältnisse so handeln mußte, wie er handelte. Da er sich nicht selbst frei zum Verbrecher bestimmen konnte, darf er auch nicht verantwortlich gemacht werden für dasselbe. Den Begriff der Vergeltung verwirft deshalb der folgerichtige Determinist. Er kennt nur einen Hauptzweck des Einschreitens gegen den Verbrecher, nämlich die Verhütung künftiger Verbrechen. Von wem Verbrechen drohen, gegen den schreitet er ein. Von jedem antisozial Gesinnten, der nicht aus irgend einem äußeren Grunde ungefährlich ist, sind Verbrechen zu erwarten. Die mit dem antisozialen Charakter gegebene Gefährlichkeit gibt somit für die Modernen den Grund zum Einschreiten ab, stellt den Strafgrund dar und nimmt damit die Stelle ein, welche im Vergeltungsrecht der Schuld zukommt.

Nun sollte man folgern, daß den Modernen eine besondere Schuld bezüglich der einzelnen Tat wie dolus und culpa ganz unbekannt sei.[2]) Da das Verbrechen das notwendige Produkt

[1]) cf. von Birkmeyer, Studien 92 ff.
[2]) cf. von Birkmeyer, Studien 96 ff.

aus Eigenart oder Gesinnung und Motiven ist, so kann alles außerhalb dieser Gesinnung Liegende nur als Motiv in Betracht kommen. Demnach kann auch der Einfluß der Erkenntnis von der sozialen Bedeutung der Tat, also von ihrer Rechtswidrigkeit im Sinne der Modernen nur als ein motivierender gedacht werden. Erblickt von Liszt das Wesen des Vorsatzes darin, „daß der Täter trotz der Erkenntnis von der sozialen Bedeutung seiner Tat handelt, daß also diese Erkenntnis ihn von der Begehung der Tat nicht abgehalten hat“[1]), so läßt sich das nur so verstehen, daß in dieser Erkenntnis ein von der Tat abhaltendes Motiv zu sehen sei, welches im gegebenen Falle nicht wirksam wurde. Darf wirklich die Erkenntnis von der antisozialen Bedeutung der Tat als ein tatfeindliches Motiv betrachtet werden, so stellt sie sich als eines der im Kampfe der Motive um den maßgebenden Einfluß auf den Charakter unterliegenden Motive dar. Die Modernen unterscheiden einen sozialen und einen antisozialen Charakter. Der innere Faktor offenbart sich in den Aeußerungen des Menschen. Daher können wir nur aus der Verschiedenheit der Aeußerungen auf eine Verschiedenheit des Charakters schließen und zwar nur dann, wenn zwischen Charakter und Aeußerung eine gewisse Beziehung bestand. Als diese Beziehung ist aber allein denkbar die Erkenntnis der antisozialen Bedeutung der Tat, das Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit.[2]) Sonach sind wir nur dann im Stande zwischen einem sozialen und einem antisozialen Charakter zu unterscheiden, wenn diese Erkenntnis, dieses Bewußtsein gegeben war. Eine Tat, die in Unkenntnis der antisozialen Bedeutung begangen wurde, kann demnach als Symptom der Gesinnung überhaupt nicht in Betracht kommen. Das Vorhandensein des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als tatfeindliches Motiv kann nach dem Gesagten nicht das Gegebensein einer besonderen Schuldform manifestieren; denn die ohne dieses Bewußtsein begangene Tat offenbart überhaupt keine Schuld. Der „dolus“ der deterministischen Vertreter der Gesinnungsstrafe stellt sich somit nicht als eine besondere Schuldform, sondern als die Schuld überhaupt dar; die „dolose“ Handlung allein bildet ein Schuldsymptom. Seinem Wesen nach kommt dieser „dolus“ dem sog. dolus indirectus am nächsten.[3]) Aus dem eben Ausgeführten ergibt sich bereits, daß auch in der Fahrlässigkeit vom Standpunkte der Modernen

[1]) von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl. 1908. S. 170.

[2]) cf. von Birkmeyer, Studien 37.

[3]) cf. von Birkmeyer, Studien 102.

aus eine besondere Schuldform nicht erblickt zu werden vermag.[1]) Freilich kann man sich auch nicht denken, wie ein folgerichtig aufgebautes Schuldstrafrecht das Gegebensein eines Strafgrundes annehmen könne trotz Nichtbestehens jener Beziehung zwischen dem inneren Faktor der Schuld und der äußeren Tat. Meines Erachtens darf auch vom indeterministischen Standpunkte aus in der Fahrlässigkeit keine Form strafrechtlicher Schuld erblickt werden. Vom Standpunkte der deterministischen Modernen aus ist culpa als Schuldart sicherlich nicht gerechtfertigt.

§ 5. Nicht weniger schwierig als die Frage nach der Schuld gestaltet sich für die deterministischen Vertreter der Gesinnungsstrafe die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit. Die Indeterministen bezeichnen als solche die Fähigkeit des Menschen, seinen Willen frei zu bestimmen, zu wählen, kurz die Fähigkeit sich in Schuld zu setzen. Die Zurechnungsfähigkeit ist, wie von Birkmeyer in seinen Strafrechtsvorlesungen erläutert, „nichts weiter als die Willensfreiheit angewendet auf das Strafrecht, wie die Handlungsfähigkeit ist die Anwendung der Willensfreiheit auf das Civilrecht". Sie bildet somit die unerläßliche Voraussetzung für die Schuld. Der Unzurechnungsfähige kann sich nicht in Schuld setzen und sich daher nicht strafbar machen. Was soll nun nach der Lehre der Modernen eine solche unbedingte Schuldvoraussetzung bilden? Es läge nahe, an die antisoziale Gesinnung ohne Rücksicht auf die mit ihr gegebene Gefährlichkeit zu denken. Bestraft soll der Verbrecher nur werden, weil und so weit er gefährlich ist; denn in diesem Falle darf, ja muß man Verbrechen von ihm erwarten und diese künftigen Verbrechen zu verhüten ist oberste Aufgabe und alleiniger Zweck der Strafe. Keine Strafe ohne solche Gefährlichkeit. In ihr liegt für die folgerichtigen Vertreter der Gesinnungsstrafe das Wesen der Schuld. Aber nicht jede Gefährlichkeit bedeutet auch Schuld, sondern nur diejenige, die ihren Ursprung in der den Täter beherrschenden antisozialen Gesinnung hat. Andernfalls wäre es unzweckmäßig, sich nur mit einer Gesinnungsstrafe zu begnügen. In der antisozialen Gesinnung liegt mithin die unerläßliche Voraussetzung für die strafbare Gefährlichkeit d. h. für die Schuld. Die Stelle, die nach Vergeltungsrecht der Zurechnungsfähigkeit zukommt, hätte demnach im Strafrecht der Modernen die antisoziale Gesinnung einzunehmen. Damit würde wie bisher die Menschheit in zwei große Teile gespalten, in die Zurechnungs-

[1]) cf. von Birkmeyer, Studien 37, 99.

fähigen und in die Unzurechnungsfähigen. Dabei wäre hier die Grenze scharf gezogen und jeder Gedanke an eine verminderte Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen. Aus den antisozial Gesinnten als den Zurechnungsfähigen allein rekrutierte sich das Heer der Verbrecher. Freilich könnte man sagen, daß der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit nicht mehr zuträfe. Allein das wäre nur scheinbar ein berechtigtes Gegenargument. Einmal gibt es für den Deterministen überhaupt kein Zurechnen. Der Verbrecher ist ein Kranker, Krankheit darf man aber nicht zurechnen. Zurechnen im strafrechtlichen Sinne heißt zur Schuld anrechnen. Der Determinist muß jede Schuld verwerfen, er braucht keine Schuld. Die deterministischen Vertreter der Schutzstrafe kennen keine Schuld, sondern nur Gefährlichkeit. Warum wollen sie nun unter allen Umständen an dem Begriff der Zurechnungsfähigkeit festhalten? Den Satz, daß nur der Schuldige bestraft werden dürfe, ein Satz, der, wie man zu sagen pflegt, uns allen in Fleisch und Blut übergegangen ist, der uns so selbstverständlich erscheint wie der Lauf der Gestirne, würden sie kühn mit einem Federstrich aus der Welt schaffen. Der menschliche Wille müßte ihnen zuliebe eiserner Notwendigkeit den Platz räumen. Die Strafe würde sich in eine den Schwachen aufrichtende, den Unheilbaren in Schutz nehmende Behandlung umwandeln. Und dieses ideale Strafrecht sollte sich noch ängstlich an den hergebrachten Begriff der Zurechnungsfähigkeit anklammern, statt ebenso kühn auch über ihn hinwegzuschreiten?

Die Zurechnungsfähigkeit ist nach heutigem Strafrecht eine unbedingte Voraussetzung für die Schuld und damit für die Strafe. Die antisoziale Gesinnung ist den Modernen die unerläßliche Voraussetzung für die strafbare Gefährlichkeit und damit für die Strafe. Die antisoziale Gesinnung übernimmt mithin im Strafrecht der Modernen die Hauptfunktion der Zurechnungsfähigkeit und ist deshalb wie kein anderer Begriff geeignet, an deren Stelle zu treten. Trotzdem haben die Modernen selbst einen ganz anderen Begriff mit dem Worte Zurechnungsfähigkeit verbunden. von Liszt definiert[1]): „Ich erblicke das Wesen der Zurechnungsfähigkeit, also die Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, in der normalen Bestimmbarkeit durch Motive. Wer in anormaler Weise d. h. anders als der normale Durchschnittsmensch auf Motive reagiert, der ist nicht zurechnungsfähig und kann daher nicht gestraft werden". Nun wird durch die Strafdrohung und den

[1]) von Liszt, Aufs. II. 43/44; cf. auch 219.

Strafvollzug eine Motivsetzung bezweckt.[1]) Der normale Durchschnittsmensch reagiert auf die Strafdrohung, indem er sozial handelt. Wer nicht auf die durch die Strafdrohung gesetzten Motive reagiert, also antisozial handelt, ermangelt der Zurechnungsfähigkeit. Alle Verbrecher sind daher im Sinne von Liszt's unzurechnungsfähig und können deshalb nicht gestraft werden. Daß von Liszt mit dem von ihm aufgestellten Zurechnungsfähigkeitsbegriff zu diesem Resultate unbedingt gedrängt wird, hat besonders von Birkmeyer in seiner Schrift: Was läßt von Liszt vom Strafrecht über? 1907 und neuestens in seinen Studien 1909 S. 106 ff. nachgewiesen. Wie jeder Verbrecher ist natürlich auch der geisteskranke Verbrecher unzurechnungsfähig. Daher dürfte fernerhin kein Unterschied mehr gemacht werden hinsichtlich der Bestrafung der Geistesgesunden und der Geisteskranken, eine Folgerung, welche von Liszt selbst mit den Worten zog: „Die begriffliche Scheidewand zwischen Verbrechen und Wahnsinn weicht und fällt".[2]) Wenn nun der Unzurechnungsfähige nicht gestraft werden darf, alle Verbrecher aber unzurechnungsfähig sind, so ergibt sich daraus mit zwingender Notwendigkeit der Schluß, daß alle Maßnahmen, welche sich gegen die Verbrecher aus Anlaß ihrer antisozialen Aeußerungen richten, keine Strafe darstellen können. Will von Liszt nicht selbst sich das Recht absprechen, die von ihm vorgeschlagenen Sicherungsmaßregeln Strafe zu nennen, dann muß er den erwähnten Begriff der Zurechnungsfähigkeit unbedingt wieder fallen lassen.

Dieses ausschließende Verhältnis findet leicht seine Erklärung. Entweder sind Motiv und Gesinnung identisch, wie ja von Liszt selbst sagt, daß unter Motiv auch verstanden wird die Eigenart, insoweit durch sie das verbrecherische Verhalten des Täters bestimmt wurde, und daß diese Eigenart zumeist gemeint ist, wenn von der Gesinnung des Täters, aus der die Tat erwachsen ist, gesprochen wird.[3]) Versteht man jedoch unter Motiv die Gesinnung, so kann nicht von Motivsetzung durch die Strafdrohung, sondern nur von Einwirkung auf das Motiv geredet werden. Dann liegt in der Strafandrohung bereits selbst eine Strafe. Und das ist nun wohl nicht gut denkbar. Der soziale Kranke wird nicht schon dadurch geheilt, daß man ihm eine Behandlung androht, sondern erst dadurch, daß ihn der soziale Arzt tatsächlich behandelt. Für die Ge-

[1]) von Liszt, Aufs. II. 85. 227, ähnlich 220; Traeger, Wille Determinismus Strafe 253.

[2]) Aufs. II. 229; cf. dagegen II. 44.

[3]) von Liszt, Aufs. II. 182.

sinnungsstrafe der Modernen verliert hier die Strafdrohung jede Bedeutung. Soll es einen Sinn haben von der Zurechnungsfähigkeit als von der normalen Bestimmbarkeit durch Motive zu reden, so müssen Motiv und Gesinnung zwei verschiedene Begriffe sein. Motiv mag dann etwa Vorstellung, Gefühl, Trieb, Gedanke, Idee und sonst ähnliches bedeuten, auf keinen Fall aber jene innere Eigenart selbst. Nun ergeben sich zwei Möglichkeiten. Es hängt unser Handeln entweder allein ab von der Art und Stärke der Motive. Hier hätte es wenig Sinn, eine Gesinnungsstrafe zu proklamieren, vielmehr müßte die Einwirkung auf die Motive den einzigen Zweck und die alleinige Aufgabe der Strafe bilden. Oder aber Motiv und Gesinnung oder Charakter sind zwei gleichwertige Entstehungsfaktoren der Handlung, wie das z. B. M. E. Mayer annimmt. Er versteht unter Motiven „Vorstellungen die auf den Willen einwirken".[1]) Aber außer der Vorstellung ist noch ein zweites Moment für die menschliche Handlung ursächlich und zwar „eines, das ausschließlich in dem einen bestimmten Individuum gelegen ist, ihm eigentümlich ist . . . seine Individualität, Eigenart oder Charakter".[2]) „Das Motiv ist die Einzelursache, welche die Willensbetätigung hervorbringt, indem es zu der als ruhend zu denkenden Bedingungsmasse des Charakters hinzutritt. Das Motiv ist die vorhergehende Veränderung, welche die nachfolgende nötig macht, indem sie die latenten Kräfte des Charakters zur Aeußerung bringt. . . Die Ursache einer Handlung besteht also stets aus Motiv und Charakter; in der Vereinigung beider liegt der zureichende Grund der Willensbetätigung. Jede Handlung ist ein Produkt aus Motiv und Charakter, und allein das, was Produkt aus Motiv und Charakter ist, ist Handlung".[3]) Nach dieser Auffassung wäre es nicht sonderlich zweckmäßig, sich nur auf eine Einwirkung auf die Gesinnung festzulegen und nicht auch die Motive beeinflussen zu wollen, zumal sie uns zugänglicher sind als jene „große Unbekannte, deren Beschaffenheit wir nur aus ihren Aeußerungen, den Taten, bis zu einem gewissen Grade kennen lernen". Aber auch die zuletzt besprochene Bedeutung von Motiv läßt die normale Bestimmbarkeit durch Motive für das Strafrecht um kein Haar brauchbarer erscheinen. Wie der Charakter auf die Motive reagiert, hängt doch allein von seiner Beschaffen-

[1]) Die schuldhafte Handlung 43.
[2]) Die schuldhafte Handlung 49.
[3]) Die schuldhafte Handlung 52/53; ähnlich Petersen, Kausalität . . 37.

heit ab.[1]) Ob er sich von den sozialen oder den antisozialen Motiven beeinflussen läßt, richtet sich doch darnach, ob er selbst sozial oder antisozial ist. Die Frage, ob zurechnungsfähig oder nicht, läuft dann doch schließlich hinaus auf die andere, ob nämlich antisozial gesinnt oder nicht. Warum legt denn das geltende Strafrecht überhaupt Gewicht auf die Unterscheidung zwischen Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen? Doch nur deshalb, weil nur erstere sich in Schuld setzen und darum sich strafbar machen können. Zurechnungsfähigkeit bedeutet eben Schuldfähigkeit. Diese ist aber vom Standpunkte der Modernen aus mit der antisozialen Gesinnung gegeben. Wer deshalb antisozial gesinnt ist, muß als strafrechtlich zurechnungsfähig angesehen werden. Wir kommen somit zu dem Schlusse, daß im Gesinnungsstrafrecht der Modernen die Zurechnungsfähigkeit i. e. Schuldfähigkeit in der antisozialen Gesinnung, die Schuld i. e. der Strafgrund in der Gemeingefährlichkeit und die Straffähigkeit in der Normalbestimmbarkeit durch Motive besteht. Strafe ist Motivsetzung, Motivierung. Nur wer zur Zeit der Aburteilung in normaler Weise auf Motive reagiert, eignet sich zur Bestrafung. Dagegen kann unmöglich die Schuldfähigkeit i. e. Zurechnungsfähigkeit davon abhängen, ob jemand nach der Tat zur Zeit der Aburteilung in normaler Weise durch Motive bestimmt zu werden vermag. Wäre die normale Bestimmbarkeit durch Motive Zurechnungsfähigkeit, so müßte, da die Schuld in der Gefährlichkeit besteht, jeder gemeingefährliche Kranke und schließlich jeder Schütze und jeder Handwerker gestraft werden. Daraus folgt, daß die Anhänger der modernen Gesinnungsstrafe zwingend dahin gedrängt werden, nur in der antisozialen Gesinnung die Schuldfähigkeit i. e. Zurechnungsfähigkeit zu erblicken, in der normalen Bestimmbarkeit durch Motive dagegen nur die Fähigkeit, wirksam gestraft zu werden, sehen können.

Mit der Stellung zur Rechtsordnung als Maßstab für die Zurechnungsfähigkeit ist zugleich eine sichere und scharfe Grenzziehung möglich, indem sein Verhalten sich entweder als ein rechtmäßiges oder als ein rechtswidriges darstellt. An eine verminderte Zurechnungsfähigkeit kann hier gar nicht gedacht werden. Die ganze Streitfrage, ob es überhaupt eine solche

[1]) Petersen, Kausalität . . . 37: „Da deren (nämlich der Motive) Beschaffenheit und Stärke bei den einzelnen Menschen je nach ihrem inneren Wesen oder ihrem Charakter verschieden sind und die einzelnen Motive (auch bei gleicher Stärke) auf den einzelnen Menschen je nach der Beschaffenheit dieses Charakters verschieden wirken, entspricht deshalb das Gewollte regelmässig dem Charakter des Menschen, der in dessen Willensäusserung zum Ausdruck kommt".

gibt und wie sie evtl. im Strafrecht Berücksichtigung zu finden hat, eine Streitfrage, um deren Lösung sich die Internationale Kriminalistische Vereinigung anerkennenswert bemühte, darf für den konsequenten Vertreter der Gesinnungsstrafe gar nicht aufgeworfen werden. Was die Modernen daher auf diesem Gebiete leisteten, darf nicht zur Empfehlung ihres Prinzipes angeführt werden.

II. Kapitel.

§ 6. Wenn der Grund der modernen Gesinnungsstrafe, wie wir sahen, in der mit der antisozialen Gesinnung gegebenen Gefährlichkeit liegt, so müssen wir uns vor allem fragen, ist denn diese Gefährlichkeit überhaupt zu erkennen und wie? Sie ist gegeben mit jener antisozialen Gesinnung und zwar so, daß der rechtsfeindlich Gesinnte in der Regel eine Gefahr und nur ausnahmsweise aus physischen Gründen keine Gefahr für die Gesellschaft bildet. Liegt nun ein solcher äußerer Beweis der Ungefährlichkeit nicht vor, was ja augenfällig und deshalb leicht feststellbar ist, dann bedeutet jede Konstatierung antisozialer Eigenart zugleich eine solche der Gefährlichkeit. Jede Eigenart soll nun in der Tat sich offenbaren, durch die Tat bewiesen werden. Die Tat bildet mithin ein Erkenntnismittel, ein Symptom für sie und damit für die Gefährlichkeit. Die innere Eigenart oder Gesinnung des Menschen ist die Quelle seines Handelns und, wie aus einer trüben Quelle nur trübes Wasser fliesen kann, so können aus der antisozialen Gesinnung nur antisoziale Taten, überhaupt nur antisoziale Aeußerungen hervorgehen. Zu Taten braucht es gar nicht einmal zu kommen, vielmehr genügt jede Aeußerung, um die Beschaffenheit der inneren Eigenart zu erkennen. Wer daher Verbrechen verhüten will, muß einschreiten, bevor der rechtsfeindliche Charakter in Taten seinen Ausdruck fand. Ein geschehenes Unglück beweist, daß man zu spät eingriff. Das begangene Verbrechen vermag nicht mehr verhütet zu werden. Wer seine schlimmen Gedanken kund gab, seine verbrecherischen Pläne erraten ließ, ist nicht weniger, ja vielleicht sogar in höherem Grade strafwürdig als derjenige, der seinen Bedränger oder Beleidiger tötete. Daß Anerkennung und Berücksichtigung von bloßer Gedankenschuld eine Konsequenz aus dem Prinzip der Modernen darstellt, hat von Birkmeyer in seinen Studien[1]) folgendermaßen dargelegt: „Wenn den eigentlichen Gegenstand der Strafe die gesamte Innerlichkeit des Täters als solche, seine rechtsfeind-

[1]) Studien 102/103.

liche Gesinnung und die mit ihr gegebene Gefährlichkeit des Täters für die Rechtsordnung bildet und daher die Betätigung dieser Gesinnung nur als Beweismittel für dieselbe in Frage kommt, so muß das schließlich zu der Konsequenz führen, daß man die böse Gesinnung auch schon dann straft, wenn man sie erkennen kann, ehe sie noch Zeit fand, sich in die Tat umzusetzen, wenn sie also z. B. vom Rechtsfeinde eingestanden oder in Mienen, Worten, Briefen, Tagebüchern, Aufzeichnungen u. s. w. verraten wird. Mit einem Wort, die Konsequenz der Auffassung der Modernen drängt in letzter Linie zum Aufgeben des Satzes cogitationis poenam nemo patitur und zur Bestrafung bloßer Gedankenschuld". Daran anschließend führt von Birkmeyer mehrere Schriftsteller an, die gleichfalls diese Folgerung für schlüssig erklärten. Nach Frank[1]) ist Strafe ohne Verbrechen „die letzte Folgerung, zu der der moderne Individualismus gedrängt wird". Wenn somit die Modernen prinzipiell die Bestrafung bloßer Gedankenschuld fordern müssen, so liegt darin ein schlagender Beweis dafür, daß es ihrem Prinzipe ganz entgegengesetzt ist, eine Schuld in Bezug auf die einzelne Tat aufstellen zu wollen.

§ 7. Wie alle Aeußerungen der rechtswidrigen Gesinnung kommt auch die Tat nur als Erkenntnismittel, als Symptom für das Vorhandensein derselben in Frage. Das bedeutet insofern eine der wichtigsten Konsequenzen, als gerade die Tat im geltenden Strafrecht eine so hoch bedeutsame Rolle spielt, daß man nahezu von einem Tatstrafrecht reden könnte. Allein nichts wäre meines Erachtens unrichtiger als zu behaupten, es liege im Prinzipe des indeterministischen Vergeltungsrechtes, daß es den äußeren Erfolg der Tat strafe, daß die Tat selbst den eigentlichen Strafgrund abgebe. Im geltenden Rechte wird freilich öfter der rein äußere Erfolg ohne Rücksicht auf eine Schuld gestraft. Man denke nur an die Fälle der sogen. Erfolgshaftung, an die sogen. Formaldelikte, an die Vererbung der Geldstrafe und an die in Reichsstrafnebengesetzen zahlreich sich findenden Schuldpräsumptionen. Ich möchte noch hinzufügen das ganze Gebiet der fahrlässigen Delikte. Diese Haftung für den äußeren Erfolg widerspricht aber ganz entschieden dem Prinzip der Vergeltungsstrafe. Für die Vertreter desselben gilt vielmehr ausnahmslos der Grundsatz: Keine Strafe ohne Schuld. Strafe ohne Schuld sollte es unter keinen Umständen geben. Die Vergeltungsstrafe ist prinzipiell Schuldstrafe, nicht Tatstrafe. Die Tat als äußerer Erfolg bildet meines Erachtens

[1]) Frank, Vergeltungsstrafe 18.

nicht den rechtfertigenden Grund für die Strafe, hat keine selbständige Bedeutung für das Strafrecht. Sie gibt uns vielmehr nur ein Mittel an die Hand zu erkennen, ob der Grad von Schuld vorhanden ist, den wir unter Strafe gestellt haben. Die Tat erscheint als das einzige Mittel, den für die Bestrafung verlangten Grad der rechtswidrigen Schuld zu erkennen. Was ihr die eminent wichtige Stellung im Vergeltungsstrafrecht einräumt, ist der Umstand, daß sie gewissermaßen die Probe bildet auf die Festigkeit des Willensentschlusses. Als solche kommt ihr die Bedeutung einer unerläßlichen Voraussetzung für die Strafe zu. Ohne Tat keine Strafe! Daraus folgt aber keineswegs, daß wir in der Tat selbst oder auch in der Tat den Strafgrund zu sehen hätten. Nicht weil der Täter dies getan hat, sondern weil er sich dazu entschlossen, weil er seinen Willen frei zur Tat bestimmt hat, deshalb wird ihm vergolten. Jene innere Willenshandlung[1]), jener Entschluß wird gestraft und zwar in dem Maße, in welchem er sich in der äußeren Tat verkörpert. Aus dem einmal fertig gewordenen Entschluß geht die Handlung mit Notwendigkeit hervor. Wofür man also den Menschen verantwortlich machen kann, das ist nicht das als unausbleibliche Wirkung des rechtswidrigen Willensentschlusses sich darstellende äußere Tun, sondern jener innere Willensentschluß selbst. Daher würde es dem Prinzipe des indeterministischen Vergeltungsrechtes entsprechen, das fehlgeschlagene Verbrechen wie das vollendete zu strafen, im Gegensatz zum Versuche. Vom unvollendeten bis zum vollendeten Verbrechen bedarf es eines andauernd erneuten Willensentschlusses. Dieser kann jederzeit durch einen entgegengesetzten Willensakt aufgehoben werden (freiwilliger Rücktritt vom Versuch, bezw. tätige Reue). Ob dagegen der Verbrechenstäter sein Ziel erreicht oder verfehlt, liegt nicht in seiner Hand, sondern ist vielmehr nahezu immer ein Spiel des Zufalls. Das fehlgeschlagene Verbrechen geringer bestrafen zu wollen, wie das vollendete bedeutet mithin nichts anderes wie reine Erfolgshaftung postulieren. Man hat nun behauptet, während die Modernen im Verbrechen nur ein Symptom antisozialer Gesinnung zu erblicken vermöchten, komme ihm in der Vergeltungsstrafrechtslehre eine selbständige Bedeutung zu. Man (Tesar) hat sogar zwei verschiedene Verbrechensbegriffe

[1]) W. Lacmann, in Goltd. Archiv f. Str. R. 56 (1909), wo er über Willenstheorie und Unterlassungsdelikt handelt, sagt S. 266: „Dass auch ein vorsätzliches (nicht nur ein fahrlässiges) Unterlassungsdelikt ohne Willensbetätigung vor sich gehen kann, bedarf kaum der besonderen Ausführung. Ein Beweis für diese Behauptung wurde nicht erbracht.

angenommen, einen realistischen und einen symptomatischen. Ersterer werde von der klassischen Schule, letzterer von der modernen Richtung angewendet. Der realistische Verbrechensbegriff lasse sich definieren als strafbare rechtswidrige schuldhafte Handlung, der symptomatische bilde dagegen nur ein Erkenntnismittel für den im Innern des Menschen liegenden Strafgrund. Daß für das künftige d. h. für das zu verhütende Verbrechen nur der realistische Begriff zutrifft, bedarf wohl keines Beweises, da man keine bloßen Symptome verhüten will. Es handelt sich mithin in unserer Streitfrage ausschließlich um das begangene Verbrechen. Aber nicht um den Begriff desselben! Das begangene Delikt ist dem Wesen nach das völlig gleiche wie das zu erwartende. Zwischen beiden besteht nur eine zeitliche Differenz, die aber den Begriff selbst gänzlich unberührt läßt. Es kann sich daher nur um eine verschiedene Bedeutung für das Strafrecht handeln. In der antisozialen Gesinnung haben wir nach der Lehre der Modernen einen habituellen Zustand, einen Charakterzustand zu sehen, da dieser als Quelle von Verbrechen eine gesellschaftliche Gefahr bedeutet und nur, soweit dies der Fall, bildet er den Grund zur Bestrafung. Letztere soll nun in einem Einwirken auf jenen Zustand bestehen. Deshalb kann für die Frage nach dessen Vorhandensein nur der Zeitpunkt der Aburteilung, nicht aber irgend ein früherer Zeitpunkt maßgebend sein. Das begangene Delikt liefert den Beweis dafür, daß im Augenblick der Tat der Täter von einem rechtsfeindlichen Charakter beherrscht war, daß er es zur Zeit seiner Aburteilung noch sei, wird dagegen durch die geschehene Tat noch nicht bewiesen. Wohl aber darf man vermuten, daß dem so sei, und hat daher allen Grund, die Tat als Anlaß zu einer eingehenden Prüfung zu benützen. Demnach können wir sagen, daß das begangene Verbrechen für die Modernen nur einen Anlaß bedeuten kann nachzusehen, ob der durch die Tat geoffenbarte Strafgrund noch vorliegt; sie vermögen in ihm nur ein Symptom vorhanden gewesener antisozialer Gesinnung zu erblicken, während das künftige Verbrechen für sie die Bedeutung des Grundes zum Strafeinschreiten überhaupt besitzt. Auf indeterministischer Seite begegnen wir einem analogen Unterschied in Bezug auf die Bedeutung der künftigen und der begangenen strafbaren Handlung. Für die Verbrechensprophylaxe stellt erstere den einzigen Grund zum Einschreiten dar. Letztere dagegen gibt für das Strafrecht die Veranlassung zur Bestrafung ab. Aber immerhin ist doch die Wichtigkeit des begangenen Verbrechens hier eine weit größere als im Gesinnungsstrafrecht. Es bildet

einmal ein Schuldsymptom. Beling in seiner Vergeltungsidee S. 61 verneint dies, meines Erachtens mit Unrecht. Gestraft wird, wenn ein gewisser Grad rechtswidriger Schuld gegeben war. In der Tat besitzen wir das einzige Mittel zu erkennen, ob dieser Schuldgrad vorhanden war, ob also der Täter sich strafbar machte. Da hier im Vergeltungsstrafrecht der Zeitpunkt der Handlung der allein maßgebende sein kann, so bildet die begangene Tat nicht wie im Gesinnungsstrafrecht die Veranlassung nur zu einer Untersuchung darüber, ob der Strafgrund, der im Moment der Tat gegeben war, zur Zeit der Aburteilung noch vorliege, sondern vielmehr unmittelbar die Veranlassung zur Bestrafung selbst und zwar die einzige Veranlassung. Ohne Tat keine Strafe! Auch die Modernen haben versucht, diese Schranke für ihre Sicherungsstrafe festzuhalten. So sagt von Liszt[1]): „Wir wollen, daß der Täter bestraft werde wegen der durch seine Tat dokumentierten verbrecherischen Gesinnung. Von diesem Erfordernis können wir nicht abgehen". Dr. E. Feder[2]) erklärt: „Das Strafrecht entzieht im Rechtsstaate den Staatsbürger solcher Willkür (daß nämlich nur sein böses Trachten, sein böser Sinn, wie es in Tell heißt, gestraft werde), indem es die Erkenntnis der Gefährlichkeit einer Gesinnung an die Verwirklichung bestimmter, festumschriebener Tatbestände knüpft und dem Richter jede andere Erkenntnisquelle verschließt". Im gleichen Sinne äußern sich Miricka[3]) und Petersen.[4]) Was wird nun aber zur Rechtfertigung dieser Beschränkung der staatlichen Strafgewalt geltend gemacht? Hören wir wieder von Liszt[5]): „Dem allgemeinen Interesse darf die Freiheit des einzelnen nicht schutzlos preisgegeben werden. Mag auch immerhin die Grenze dieses Schutzes je nach den verschiedenen Ansichten über die Aufgaben von Staat und Recht zu verschiedenen Zeiten verschieden sein, so rechtfertigt sich doch im Rechtsstaate die Verhängung des Strafübels nur dann, wenn der Täter seine feindliche Gesinnung durch eine bestimmte, gesetzlich genau umschriebene Tat bewiesen hat." An anderer Stelle erklärt derselbe: „Strafrecht ist die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates, rechtlich begrenzt nach Voraussetzung und Inhalt, rechtlich begrenzt im Interesse der individuellen Freiheit".[6]) „Nach meiner Meinung

[1]) Aufs. II. 16.
[2]) Dr. E. Feder, Die Gesinnung des politischen Verbrechers in ZS. Bd. 25 (1905) S. 224.
[3]) Dr. A. Miricka, Die Formen der Strafschuld (1903) S. 10.
[4]) Petersen, Willensfreiheit . . . 187/188.
[5]) Lehrbuch 15/16.
[6]) Aufs. II. 60.

ist, so paradox es klingen mag, das Strafgesetzbuch die magna charta des Verbrechers. Es schützt nicht die Rechtsordnung, nicht die Gesamtheit, sondern den gegen diese sich auflehnenden Einzelnen".[1]) „Nach Voraussetzung und Inhalt ist die staatliche Strafgewalt beschränkt und sie soll es bleiben. Ihre Voraussetzung ist das mit begrifflicher Schärfe umgrenzte Verbrechen, ihr Inhalt die nach Quantität und Qualität vom Gesetz bemessene Strafe. Wir wollen keine allmächtige soziale Hygiene, die den gemeingefährlichen Menschen unschädlich macht. Das Strafrecht ist uns die unübersteigbare Schranke die Kriminalpolitik".[2]) Die Freiheit des Individuums also und ihr Schutz „gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit, gegenüber dem Leviathan" soll den rechtfertigenden Grund dafür darstellen, daß nicht die antisoziale Gesinnung schlechthin, sondern erst die durch die Tat bewiesene antisoziale Gesinnung als strafrechtlich relevant in Betracht zu kommen habe. Fragen wir uns einmal, warum nach indeterministischem Vergeltungsrechte das Vorliegen eines Verbrechens gefordert wird. Doch deshalb, weil eine Schuld überhaupt erst gegeben ist mit der Tat. Ohne Tat keine Schuld und daher mit logischer Notwendigkeit ohne Tat keine Schuldstrafe. Nach der Lehre der Modernen besteht aber die „Schuld" in der mit der rechtsfeindlichen Eigenart gegebenen Gefährlichkeit. Folglich ohne Gefährlichkeit keine Strafe. Das Dasein solcher Gefährlichkeit verrät aber nicht nur die Tat, sondern jede, auch die bloß gedankliche Aeußerung. Nur bei Taten einschreiten zu wollen, wäre eine zwecklose Einschränkung besonders für den, der die eigentliche und oberste Aufgabe der Strafe in der Sicherung der Rechtsordnung und der Gesellschaft gegen den Rechtsfeind sieht. Niemand hat dies schöner illustriert wie von Liszt selbst: „Dem Jugendlichen gegenüber wollen wir Zwangserziehung bei bloßer sittlicher Verwahrung, also auch, wenn eine an sich strafbare Handlung noch nicht begangen ist . . . .; die Gewohnheitssäufer sollen nach einer mehr und mehr sich einwurzelnden Ansicht in Trinkerasylen untergebracht werden; bei den Geisteskranken begnügen wir uns schon lange mit ihrer Gefährlichkeit, wenn die Entziehung ihrer Freiheit in Frage steht. Warum sollen wir dem gemeingefährlichen Geistesgesunden gegenüber anders verfahren? Ist nicht gerade, weil er im Vollbesitze seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten sich befindet, die Gefahr um so dringender und unsere Berechtigung zu vorbeugendem Einschreiten um so

[1]) Aufs. II. 80.
[2]) Aufs. II. 102.

größer?“[1]) „Ich muß zugeben“, erklärt von Liszt, „daß es vielleicht in der Konsequenz unserer Auffassung wäre, nur auf die Gesinnung Rücksicht zu nehmen und nicht erst die Tat abzuwarten, wie ja auch der Hausarzt nicht wartet, bis ein Leiden zum Ausbruch kommt, sondern demselben vorzubeugen trachtet“.[2]) Wenn die Modernen nicht den Gemeingefährlichen, sondern erst den, der bereits ein Verbrechen beging, strafen wollen, so muß darin eine willkürliche Nachahmung des bestehenden Rechts erblickt werden. Die Verbrechen des Rechtsfeindes sind verschieden schwer, beweisen also, wenn überhaupt eine, dann eine verschiedene Stärke des inneren Vorganges oder Zustandes. Daraus erhellt, daß die Tat nur für denjenigen eine unbedingte Voraussetzung bilden kann, der wegen jenes durch die bestimmte Tat geoffenbarten Intensitätsgrades oder gar wegen der Tat selbst strafen will. Wessen Streben dagegen dahin geht, künftiges zu verhüten, darf nicht abwarten, bis das zu Verhütende bereits der Vergangenheit angehört und damit jeder Prophylaxe sicher entrückt ist. Bedeutet es nicht einen unlösbaren Widerspruch, auf der einen Seite mit Emphase zu verkünden: Wir müssen das Verbrechen verhüten, auf der anderen Seite aber nicht minder nachdrücklich zu erklären: Wir müssen Verbrechen geschehen lassen! Erscheint es schon als eine recht merkwürdige Tatsache, daß gerade die Deterministen, die Leugner jeglicher Willensfreiheit[3]), vor der Majestät

[1]) Aufs. II. 59/60.

[2]) Aufs. II. 16.

[3]) Nach Petersen (Kausalität, Determinismus und Fatalismus) kennt auch der Determinist eine Willensfreiheit: „Das Bestehen einer beschränkten Willensfreiheit, die als praktische oder deterministische Freiheit bezeichnet wird, nimmt auch der Determinismus an“ (S. 37/38). „Die Annahme einer beschränkten, nicht allen Menschen in gleichem Masse zukommende und von ihnen erst zu erwerbende Willensfreiheit, wie sie der Determinismus annimmt, ist sehr wohl möglich“ (S. 51). Worin soll nun diese deterministische Freiheit bestehen? Sie stellt sich dar als die „Fähigkeit, sich regelmässig durch Vernunftgründe, sittliche Grundsätze u. s. w. bestimmen zu lassen“ (S. 52). Darnach besteht die Freiheit darin, dass man fähig ist, sich durch etwas anderes bestimmen zu lassen, von etwas anderem bestimmt zu werden. Dieser Freiheitsbegriff ist sicherlich völlig neu; denn bisher hat man den, der sich durch andere oder durch etwas anderes bestimmen lässt, bestimmt wird, als willenlos und unfrei bezeichnet. An anderer Stelle sagt Petersen: „Dass der Mensch in gewissem Masse die Herrschaft über seine Triebe, Neigungen und Leidenschaften erlangen, sonach von dem Einfluss, den diese auf sein Wollen ausüben, in weitem Umfange frei werden kann, ist unbestritten“ (Willensfreiheit, Moral und Strafrecht S. 3). Das würde nun schon eher wie Freiheit aussehen. Allein wenn man von Willensfreiheit spricht, so meint man Wahlfähigkeit. Frei in diesem Sinne ist nur der, welcher wählen kann. Alle übrige Freiheit bedeutet befreit sein von etwas. Beruht nun dieses Befreitsein nicht

der persönlichen Freiheit bedingungslos sich beugen, so muß geradezu als unbegreiflich erachtet werden, wie die Modernen als Beschützer der Gesellschaft und Hüter der Rechtsordnung das Recht so vieler Bürger auf Schutz vor drohenden Gefahren unbeachtet lassen wollen, um das zweifelhafte Recht eines antisozialen Elementes auf persönliche Freiheit unangetastet zu lassen. Wenn heute eine gemeingefährliche Krankheit sich verbreitet, da findet man es ganz in der Ordnung, daß sich jeder, bei dem auch nur der leiseste Verdacht besteht, er könne infiziert und darum selbst zu einer Gefahr geworden sein, strenger Untersuchung und möglicherweise längerer Isolierung unterwirft, und man wartet nicht, bis der Verdächtige durch Ansteckung seinerseits bewiesen hat, daß er eine Gefahr bildet. Niemand würde begreifen, weshalb man beim Geisteskranken warten sollte, bis er zum Mörder wurde, beim Verwahrlosten, bis er einen Diebstahl oder Raub ausführte. Warum nun erst vor dem zweiten und weiteren Verbrechen schützen wollen und nicht schon vor dem ersten? Die Schuld im Sinne der Modernen besteht in der mit der antisozialen Gesinnung gegebenen Gefährlichkeit für die Rechtsordnung und die Gesellschaft. Sobald dieser gefährliche Zustand vorliegt, ist Grund zum strafenden Einschreiten gegeben. Jedes erkannte Merkmal der Gefährlichkeit muß deshalb Veranlassung zur Bestrafung geben. In diesem Merkmale aber den Grund zum Einschreiten zu sehen, ist verkehrt. Nehmen wir an, jemand soll zu einer bestimmten Zeit von seiner Arbeit weg sich irgendwohin begeben. Sobald nun die Uhr die betreffende Stunde verkündet, bricht er seine Arbeit ab und begibt sich auf den Weg. Fragen wir uns, warum geht er fort? Weil es so und so viel geschlagen hat? Nein, vielmehr weil er fortgehen soll. Der Schlag der Uhr

---

darauf, dass man dem eindringenden Zwange gewollten Widerstand entgegengesetzt hat, sondern vielmehr darauf, dass man dem anstürmenden Motive keinen Einfluss einräumen konnte, seiner Einwirkung mit Notwendigkeit sich verschloss, dann trifft einzig der Ausdruck — unempfänglich zu. Die von Petersen, Fechner und anderen verteidigte deterministische Willensfreiheit entpuppt sich somit als Unempfänglichkeit des Charakters für den Einfluss der Triebe, Neigungen und Leidenschaften. Wer z. B. nicht hypnotisiert zu werden vermag, ist dieser Kraft gegenüber unempfänglich. Ein brauchbares Medium dagegen wird etwa durch die Abreise oder den Tod des Hypnotiseurs von ihm befreit. Würde aber jemand die Fähigkeit besitzen, nach Belieben dem Einflusse des Hypnotiseurs stattzugeben oder nicht, der wäre in Bezug auf den Hypnotismus frei. Freiheit bedeutet Wahlfähigkeit. Die Wahlfähigkeit des menschlichen Willens aber wird von den Deterministen geleugnet. Wessen Geringschätzung der Sprache nicht so weit geht, ihr auch die Fähigkeit zur Ermöglichung des Gedankenaustausches abzuerkennen, der kann nicht dem Willen die Wahlfähigkeit absprechen, dennoch aber von Willensfreiheit reden wollen.

war nur der Grund dafür, daß er gerade zu diesem Zeitpunkte wegging, nicht früher und nicht später. Genau so würde es sich nach deterministischer Auffassung mit dem Verbrechen verhalten. Das begangene Verbrechen ist nicht der Strafgrund, sondern nur der Grund dafür, daß erst jetzt eingeschritten wird. Nun ergibt sich aber die weitere Frage, warum soll jener Arbeiter gerade zu der bestimmten Stunde weggehen? Nehmen wir einmal an, infolge reiner Willkür des Arbeitgebers. Fragen wir nun einmal die deterministischen Vertreter der Gesinnungsstrafe: Warum wollt ihr erst nach der Begehung eines Verbrechens einschreiten? Weil ihr vorher das Vorhandensein des Strafgrundes unmöglich erkennen könnt? Das ist nicht wahr. Mienen, Gespräche oder Aufzeichnungen können längst die Gefährlichkeit erkennbar gemacht haben. Weil man die persönliche Freiheit nur antasten darf, wenn es zu einem Verbrechen gekommen ist? Ja, warum darf man denn das nur? Ihr wollt die Rechtsordnung sichern, die Gesellschaft vor Verbrechen schützen. Wie dürft ihr da ein Verbrechen geschehen lassen? Nun, ihr wollt nur den Rückfall verhüten. Aber weshalb? Weil nur darin Gefahren liegen für die Gesellschaft? Nein, denn diese Gefahren sind schon gegeben, ehe es zum ersten Verbrechen kommt, und vielleicht nicht mehr vorhanden, nachdem das erste Verbrechen begangen ist. Warum in aller Welt gibt euch das begangene Verbrechen das Recht, nun in die persönliche Freiheit einzugreifen? Wollte man auf diese Frage eine Antwort geben, so kann sie nur lauten: Wir wollen den Verbrecher dafür strafen, daß er die Tat beging, wir rechnen ihm das begangene Verbrechen zu, wir machen ihn verantwortlich dafür, wir wollen vergelten. Nur der Vergeltungsgedanke kann darum die Strafe als Rechtsfolge an das Verbrechen als Tatbestand knüpfen, nicht aber die die Bestrebungen der Anhänger der Gesinnungsstrafe leitende Schutzidee. Daß die Begehung eines Verbrechens keine Voraussetzung bilden darf für diejenigen, welche durch ihre Strafe das Verbrechen verhüten wollen, hat vor allem Beling[1]) betont. Ein Hauptsatz des Vergeltungsrechtes lautet nach von Birkmeyer[2]): Wo die vom Gesetz verlangte Schuld gegeben ist, da muß auch gestraft werden. Genau so müssen die Modernen von ihrem Standpunkte aus verlangen: Wo die mit der antisozialen Gesinnung gegebene Gefährlichkeit vorhanden ist, da muß auch gestraft werden. Das Eintreten der Bestrafung nur

[1]) Vergeltungsidee, 98/99; cf. auch von Overbeck, Erscheinungsformen Bd. 3 S. 22.

[2]) Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe 9.

auf den Fall des Vorliegens eines Verbrechens beschränken zu wollen, bedeutet eine Inkonsequenz und zugleich eine Ungerechtigkeit, weil Unzweckmäßigkeit. Das Strafrecht ist, wie Hoegel richtig betont, vor allem die magna charta des Nichtverbrechers.[1]) Dem Feinde der Rechtsordnung und der Gesellschaft das erste Verbrechen freigeben zu wollen, wäre eine unverantwortliche Verletzung des dem friedlichen sozialen Bürger zugebilligten Schutzes. Den Einzelnen gegenüber der übermächtigen Gesamtheit zu schützen, dazu würde sich unter der Herrschaft des Gesinnungsstrafrechtes der Modernen allein eine garantiert tüchtige Ausbildung des „Richters" eignen. Dagegen wäre, wie Goldschmidt[2]) bemerkt, „die Knüpfung der Strafe an einzelne Verbrechenstatbestände ein höchst umständlicher, dazu die wirksame Bekämpfung gemeingefährlicher Zustände arg gefährdender Weg, den Gemeingefährlichen vor Uebergriffen der Staatsgewalt zu schützen".

§ 8. Kommen wir so zu dem Resultate, daß das begangene Verbrechen sowohl nach der Lehre der Deterministen wie auch der Indeterministen stets nur symptomatische Bedeutung hat, so wäre doch nichts verfehlter als nun zu glauben, daß dann die verschiedenen Erscheinungsformen des Verbrechens wie Versuch und Vollendung, Täterschaft und Teilnahme, wie auch Rückfall und Konkurrenz vom Standpunkte beider Grundauffassungen aus unberücksichtigt bleiben müßten. Die unterschiedliche Bedeutung hat vielmehr mit dem symptomatischen Charakter des begangenen Verbrechens gar nichts zu tun, sondern findet ihren Grund darin, daß das, was durch die Tat unserer Erkenntnis offengelegt wird, bei der Gesinnungsstrafe der Modernen ein habitueller Zustand, bei der Vergeltungsstrafe der Abschluß einer inneren Tätigkeit ist. Um einen Zustand zu erkennen, sind alle Symptome gleichwertig; denn mehr, als daß der fragliche Zustand vorhanden ist, bezw. nicht vorhanden ist, können und brauchen sie nicht zu offenbaren. Alle wahrnehmbaren Aeußerungen der antisozialen Eigenart und der mit ihr gegebenen Gefährlichkeit sind deshalb ohne Unterschied von gleicher Wichtigkeit. Ob Versuch oder Vollendung erscheint darum gleichgültig.[3]) Ja, die geringste Vorbereitungshandlung genügt, um dem Richter zu verraten,

[1]) Einteilung der Verbrecher 39.

[2]) VD. AT. IV. 317 Anm. 4.

[3]) Daraus ergeben sich wiederum zwei Konsequenzen. Der Versuch ist einmal wie die Vollendung bei allen Verbrechen zu berücksichtigen. Sodann darf hinsichtlich der Strafe fernerhin nicht mehr zwischen Versuch und Vollendung unterschieden werden. cf. von Overbeck, Erscheinungsformen 28; von Birkmeyer, Studien 28.

was allein er wissen will und wofür auch die Vollendung der Tat keinen besseren Beweis erbringt. Dazu kommt, daß ja der Täter nicht bei der Vorbereitungshandlung oder beim Versuch stehen bleiben will, sondern nach deterministischer Lehre muß, durch äußere Ursachen dazu gezwungen. Ob in der Vollendung eine Vernichtung, im Versuch oder in der bloßen Vorbereitungshandlung nur eine Verletzung oder gar nur eine Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes liegt, macht nicht den geringsten Unterschied. Darin würde man höchstens einen verschiedenen Grad der im Augenblick der Tat gegebenen Gefährlichkeit erblicken hönnen, dies wäre aber, wie schon beim Strafmaß gezeigt, ohne Belang. Ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch ist vom Standpunkt der Modernen aus gar nicht denkbar. Er würde nichts weniger als die Umkehr zu sozialem Handeln bedeuten, eine Umkehr, die notwendig eine Umwandlung der inneren Gesinnung, eine Besserung, voraussetzte. Nun haben wir aber in der antisozialen Gesinnung einen dauernden Zustand vor uns, der, wenn überhaupt, nur einer langjährigen intensiven Behandlung weichen soll, nicht aber von Augenblick zu Augenblick zu wechseln vermag. Wurde jedoch das Abstehen vom Versuch nicht durch einen Wandel des inneren Charakters, sondern durch andere Ursachen veranlaßt, dann kann nicht mehr von einem freiwilligen Rücktritt vom Versuch gesprochen werden und die so erfolgte Versuchshandlung unterscheidet sich in Nichts von jeder anderen. Nicht anders verhält es sich mit der tätigen Reue, die ja nur den in einem besonderen Stadium der Handlung erfolgenden freiwilligen Rücktritt vom Versuch darstellt. Uebrigens wäre ein solcher Rücktritt bei den Unverbesserlichen ausgeschlossen, weil bei ihnen eine Umkehr zu sozialem Handeln, eine Besserung unmöglich ist. Bei den Besserungsfähigen wäre er nur als ein ganz seltener Ausnahmefall denkbar und müßte dann straflos bleiben, weil es am Strafgrunde mangelte. Gleiche Bedeutung wie der Vollendung und dem Versuche muß auch dem sog. untauglichen Versuche zukommen, der in Wahrheit gar kein Versuch, ja gar keine antisoziale Tat darstellt, sondern nur von antisozialem Denken Zeugnis gibt. Da aber, wie wir sahen, auch die Gedankenschuld Strafe erheischt, so bildet auch der untaugliche Versuch ein gleichwertiges Symptom. Er offenbart eine nicht weniger rechtswidrige d. h. antisoziale Gesinnung und damit keine geringere Schuld d. h. Gefährlichkeit wie der taugliche Versuch. Manche Schriftsteller sprechen von dem objektiv ungefährlichsten, von dem untauglichsten Versuche, eine Ausdrucksweise, die zutreffend nicht genannt werden

kann. Nehmen wir an, A wolle nach einem Orte gelangen, der durch eine sehr breite luftleere Schicht von ihm abgesperrt ist. Die Entfernung des B von jenem Orte betrage noch 1000 Meter mehr als die des A. Wer will nun behaupten, die Möglichkeit, jenen Ort zu erreichen, sei für A größer wie für B? Beide werden nie an jenen Ort gelangen. Wir können auch sagen, beide sind gar nicht auf dem Wege, jenes Ziel zu erreichen, können gar nicht auf dem Wege dazu sein. Nicht anders ist es, wenn A um einen Meter weiter entfernt stünde, als die Schußwaffe des X reicht, B um 1000 Meter entfernter. A könnte so wenig getroffen werden wie B. Es gibt demnach einen untauglichen, aber keinen untauglicheren oder gar untauglichsten Versuch. Entweder ein Ding ist möglich oder unmöglich. Eher möglich oder weniger möglich sind lauter rein subjektive Begriffe.

Ganz anders gestalten sich, und darauf soll hier etwas näher eingegangen werden, die Ergebnisse der indeterministischen Versuchslehre. Auch hier kommt der Tat nur symptomatische Bedeutung zu. Aber hier ist der Grad der im Moment der Tat vorhandenen Schuld von Wichtigkeit. Nach diesem Grade richtet sich die Art und Härte der Strafe. Sich schuldig machen heißt wählen, eine Wahl aber kann schwer und leicht sein. Der Schuldgrad ist ein anderer, wenn die Handlung sich richtet gegen das menschliche Leben, ein anderer, wenn sie sich nur gegen Vermögen richtet. Er ist verschieden, wenn ein Rechtsgut vernichtet und wenn es nur verletzt oder gar nur gefährdet wird. Mit dem Grad der Vollendung wächst die Schuld. Nur so weit die Tat reicht, ist die erforderliche Festigkeit des Willensentschlusses bewiesen. Solange die Vollendung des Delikts noch aussteht, liegt noch die Möglichkeit einer freiwilligen Aufgabe desselben vor. Vermuten läßt sich freilich, daß der Täter zur Vollendung geschritten wäre, falls ihn niemand darin gehindert hätte. Allein Schuldpräsumptionen widerstreiten aufs heftigste der das Vergeltungsrecht beherrschenden Gerechtigkeitsidee. „Die Schuld, nicht die Unschuld muß bewiesen werden“. Was weiter den freiwilligen Rücktritt vom Versuch betrifft, so steht seine Annahme in vollem Einklang mit dem Vergeltungsgedanken. Das Strafrecht fordert gerade deshalb die Tat, weil sie allein einen definitiven Willensentschluß zu beweisen vermag. Wo auch sie keinen sicheren Beweis bietet, strafen wir ebensowenig wie bei bloßer Gedankenschuld. Sobald die Vollendung des Verbrechens vorliegt, hat der Täter die Möglichkeit anders zu wollen, den Entschluß zur Tat wieder fallen zu lassen, endgültig

aus der Hand gegeben. Tritt er aber, bevor die Tat vollbracht, aus eigenem Antrieb zurück, faßt er also einen entgegengesetzten Willensentschluß und bleibt er definitiv bei diesem neuen Entschlusse, dann beweist er damit, daß jener Entschluß zur Tat noch nicht so unabänderlich feststand, um das Delikt bis zur Vollendung ausführen zu können, daß mithin seine Schuld noch nicht jenen Grad erreichte, der gegeben sein muß, um eine Bestrafung zu bewirken. Liegt aber in dem freiwillig aufgegebenen Versuch bereits die Vollendung eines anderen Verbrechens, so muß hiefür Strafe erfolgen. Wo dies aber noch nicht der Fall, haben wir keinen Grund zur Vergeltung. Der freiwillige Rücktritt vom Versuch bleibt deshalb straflos. Wurde dagegen der Täter zur Aufgabe des bereits begonnenen Delikts durch einen anderen veranlaßt, so trifft ihn die Strafe des Versuchs. Solche ungleiche Behandlung wäre eine nicht zu verstehende Inkonsequenz, falls die Tat und nicht die Schuld den Grund zum Einschreiten bildete; denn getan wurde in beiden Fällen ganz das gleiche. Eine eigenartige Stellung nimmt der untaugliche Versuch ein. Schuld ist vorhanden, gehandelt hat der Täter auch und kein einziger Grund besteht, ihm dieses Handeln nicht zuzurechnen. Trotzdem bleibt der untaugliche Versuch straflos. Bei ihm fehlt es nämlich an der Rechtswidrigkeit. Seit Feuerbach hat man einen Unterschied zwischen einem strafbaren und einem straflosen untauglichen Versuche machen wollen. Man unterschied z. B. zwischen absolut untauglichem und relativ untauglichem Versuch und glaubte damit auch die richtige Unterscheidung zwischen straflosem und strafbarem untauglichen Versuche gefunden zu haben. Warum soll aber der Schütze strafbarer sein, wenn sein Opfer nur um einen Meter zu weit entfernt stand, als wenn derselbe um 1000 Meter zu weit entfernt war? Wir strafen ja auch den Mörder nicht härter, wenn sein Opfer unmittelbar vor ihm stand, als wenn ihn mehrere Meter Distanz von demselben trennten. Daß aber ein Versuch entweder tauglich oder untauglich sein muß, daß es keinen untauglicheren Versuch gibt, haben wir bereits oben dargelegt. Nach von Birkmeyer ist der untaugliche Versuch nur dann strafbar, „wenn er im Moment seiner Verübung nach Maßgabe aller vorliegenden Umstände auf Grund unserer Vernunft und Erfahrung die Verletzung des Rechtsguts als wahrscheinlich erscheinen ließ“. Dazu sei bemerkt: auf Grund der Vernunft und Erfahrung des Täters, wenn anders derselbe zurechnungsfähig war, erschien die Verletzung des Rechtsgutes sicher, da er sonst nicht gehandelt hätte. Die Vernunft und Erfahrung

anderer, etwa des Richters, kann doch eine geschehene Handlung nicht nachträglich gefährlich oder ungefährlich machen! Die vergangene Schuld kann nicht davon berührt werden, ob wir nachträglich auf Grund unserer Vernunft und Erfahrung die Verletzung für unwahrscheinlich oder wahrscheinlich halten; aber im ersteren Falle muß uns der Täter als unvernünftig oder unerfahren erscheinen, im letzteren Falle täuschten wir uns eben. Der Versuch stellt sich dar als eine Tätigkeit auf dem Wege zur Vollendung, als Anfang der Ausführung. War nun die Ausführung unmöglich, so konnte auch von einem Anfang der Ausführung, mithin von einem Versuch, keine Rede sein. Ein Rechtsgut, das man nie zu verletzen vermochte, war man auch nie zu gefährden im Stande. Trotzdem ist es nicht in erster Linie der Mangel jeglicher Gefahr, sondern das Fehlen der Rechtswidrigkeit, was die Straflosigkeit des sog. untauglichen Versuches bewirkt. Es gibt keinen Rechtssatz, der mit Strafe bedroht, etwa das Schießen auf einen Gegenstand, den man irrtümlich für einen Menschen hält, oder das Beibringen eines harmlosen Stoffes, den man irrtümlich für ein Abtreibungsmittel hält. Soll freilich künftighin in der Strafrechtspflege mehr die „Persönlichkeit und Gesinnung“ in den Vordergrund treten, dann ist es wohl zu wünschen, daß auch der untaugliche Versuch unter Strafe gestellt wird. An der Gefährlichkeit wird es zwar nach wie vor mangeln, aber Schuld wird gegeben sein und wo Schuld, da Strafe. Bei allen Fällen des untauglichen Versuches handelt es sich um einen Irrtum, sei es nun hinsichtlich der Brauchbarkeit des verwendeten Mittels, sei es hinsichtlich der Tauglichkeit des angegriffenen Objektes. Wie wir nun z. B. denjenigen, der durch irrtümliches Eingeben von Gift unverschuldet den Tod eines Anderen verursacht, straflos lassen, weil wir uns sagen, daß er seinen Willen zu einer rechtmäßigen Tat bestimmte, rechtmäßig handeln wollte, sich nicht einer strafbaren Tat schuldig machen wollte, genau so müssen wir umgekehrt denjenigen, der eine strafbare Handlung begehen will, sich eines Verbrechens schuldig machen will, irrtümlich aber ein untaugliches Mittel benützt oder seinen Angriff gegen ein untaugliches Objekt richtet, strafen. Darin liegt dann noch keineswegs Bestrafung von bloßer Gedankenschuld; denn der Täter hat seinen verbrecherischen Willen durch wenn auch nicht zum Erfolg führendes Handeln bekundet. Aber dadurch werden dann alle die doch sehr gekünstelten Versuche, im einen Falle des untauglichen Versuches zwischen einer strafbaren und einer straflosen Begehung unterscheiden zu wollen, während man

im anderen Falle von einer solchen Unterscheidung absieht, von vornherein als bedeutungslos erscheinen.

Eine ähnliche Verschiedenheit wie in der Versuchslehre begegnet uns auch in der Lehre von der Teilnahme. Von ihrem prinzipiellen Standpunkte aus müssen die Modernen die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer als für das Strafrecht wertlos aufgeben;[1]) denn beide haben rechtswidrig gehandelt und damit die sie beherrschende antisoziale Gesinnung kundgetan. Bei beiden ist demnach die gleiche Veranlassung zur Untersuchung gegeben und auf die Frage, ob der eine oder der andere besserungsfähig sei oder nicht, gibt jener Unterschied keine Antwort. Es kann der Unverbesserliche Gehilfe oder Hehler sein, der Besserungsfähige oder gar der Augenblicksverbrecher Täter. Kurz Täterschaft und Teilnahme sind für das Gesinnungsstrafrecht von völlig gleicher Bedeutung. Nicht unerhebliche Wichtigkeit muß dagegen der Indeterminist diesem Unterschiede beimessen. Es bedarf eines ganz anderen Willensentschlusses, das Opfer mit eigener Hand hinzumorden als dasselbe nur durch Festhalten an der Flucht zu hindern oder gar nur in der Nähe des Hauses, wo der Täter sein grausiges Werk vollbringt, Wache zu stehen. In der Handlungsweise des Täters und in der des Teilnehmers kommt ein ganz verschiedener Grad von Schuld zum Ausbruch. Die geringere Schuld des Teilnehmers hat denn auch schon früher dazu geführt, von einer akzessorischen Natur der Teilnahme zu sprechen. An ihr muß der Indeterminist und Vergeltungstheoretiker ebenso unbedingt festhalten, wie sie die Modernen unbedingt verwerfen müssen. Besondere Schwierigkeiten in der Teilnahmelehre verursacht die sog. Putativteilnahme. Vom Standpunkte der Modernen aus kann an ihrer Strafbarkeit nicht gezweifelt werden; denn der rechtsfeindliche Charakter offenbart sich bei ihr ebenso wie bei der echten Teilnahme. Das Vergeltungsrecht dagegen darf jene nicht strafen, weil sie in Wirklichkeit gar keine Teilnahme darstellt. Daß eine konsequent durchgeführte Gesinnungsstrafe zur Gleichstellung von Versuch und Teilnahme mit Vollendung und Täterschaft gelangen wird, gibt auch von Liszt[2]) zu. Kollmann[3]) kommt zu dem Ergebnis, daß Mord, Körperverletzung als Mordversuch, „völlig untauglicher“ Versuch die völlig gleiche symptomatische Bedeutung haben. Von Gegnern der Gesinnungsstrafe haben diese Kon-

[1]) cf. von Birkmeyer, Studien S. 25.
[2]) Aufs. II. 392.
[3]) ZS. Bd. 28 (1907) S. 467.

sequenz gezogen besonders Beling[1]), von Overbeck[2]) und von Birkmeyer.[3])

Wie schon mehrfach betont wurde, kann für die Modernen prinzipgemäß nur der Zeitpunkt der Aburteilung, nicht dagegen der der Tat maßgebend sein. Die Folge ist, daß es nicht darauf ankommt, ob vor jenem Zeitpunkt mehrere oder nur ein Verbrechen begangen wurde. Gerade das Verbrechen, welches der Aburteilung zeitlich am nächsten liegt, darf ausschließliche Berücksichtigung beanspruchen. Aus ihm läßt sich ja eher als aus jedem anderen vermuten, daß der zur Zeit seiner Begehung den Täter beherrschende antisoziale Charakter noch vorliegt. Ob er schon vor jener Tat vorhanden war und wie lange schon vorher, muß für eine präventive Tätigkeit belanglos sein. Daher müßten konsequente Anhänger der modernen Gesinnungsstrafe dem Rückfall wie jeder Verbrechenskonkurrenz jegliche Bedeutung versagen. Was vor allem den Rückfall betrifft, so schwindet dessen Bedeutung allein schon dadurch gewaltig zusammen, daß ihm im Strafrecht der Modernen nur ein ganz bescheidenes Plätzchen vergönnt wäre. Der Verbrecher, der einmal verurteilt und gestraft wurde, verläßt entweder völlig gebessert und sozial gesinnt die Strafanstalt oder aber die Tore des Zuchthauses haben sich hinter ihm als einem Unverbesserlichen für immer geschlossen. Nur ein vorzeitiges Entweichen oder Entlassenwerden des Sträflings könnte künftighin noch die Möglichkeit eines Rückfalles erzeugen. Jedenfalls aber dürfte derselbe weder Art noch Maß der Strafe irgendwie beeinflussen. Nach Vergeltungsstrafrecht dagegen muß im Rückfall ein erhöhter Schuldgrad erblickt werden, der eine strengere Bestrafung begründet.

So wenig wie der Rückfall kann die Verbrechenskonkurrenz im Gesinnungsstrafrecht irgendwelche besondere Berücksichtigung beanspruchen. Dies gilt vor allem von der Realkonkurrenz. Jedes Delikt bildet ein Symptom dafür, daß im Zeitpunkte seiner Begehung dem Täter ein rechtsfeindlicher Charakter innewohnte. Mehrere Delikte bekunden, daß dies jeweils im Augenblick ihrer Begehung der Fall war. Um zu vermuten, daß eine antisoziale Eigenart noch im Zeitpunkte der Aburteilung gegeben ist, dazu genügt aber, daß sie zu irgend einem früheren Zeitpunkte einmal sich offenbarte. Doch nicht nur der Realkonkurrenz, auch der idealen Verbrechens-

---

[1]) Vergeltungsidee 109, speziell Versuch 110.
[2]) Erscheinungsformen 4/5
[3]) Studien 25 ff.

konkurrenz würde künftighin jede Bedeutung fehlen. Kommt auf den äußeren Erfolg überhaupt nichts an, ist vielmehr nur von Wichtigkeit, daß überhaupt antisozial gehandelt wurde, so mag es gleichgültig bleiben, ob die Handlung sich gegen eines oder mehrere Rechtsgüter richtet, ob mit ihr gleichzeitig die Tatbestände mehrerer Verbrechen oder nur ein einziger Tatbestand erfüllt ist. Das Konkurrenzproblem entbehrt mithin für das Gesinnungsstrafrecht jeder Bedeutung.

§ 9. Die Annahme einer Idealkonkurrenz setzt die Aufstellung eines besonderen Teiles des Strafrechtes voraus. Nun muß es als eine der wichtigsten Konsequenzen der modernen Gesinnungsstrafe bezeichnet werden, daß die Fixierung besonderer Verbrechenstatbestände für das künftige Strafrecht wertlos erscheinen würde. Nach deterministischer Auffassung, die ja die Modernen schlechtweg als die ihrige anerkennen, ist das Verbrechen der notwendige Ausfluß der antisozialen oder rechtswidrigen Eigenart. Eine solche Eigenart kann daher ganz naturgemäß nur antisoziale Aeußerungen wirken. Daher muß jede Handlung eines antisozial Gesinnten rechtswidrig sein und es genügt deshalb das Vorliegen einer Handlung überhaupt, um daraus auf die Beschaffenheit jenes inneren Faktors zu schließen. Mag die Handlung nun sich richten gegen das Leben oder gegen Ehre, Freiheit, Vermögen, mag sie bestehen in einer Vernichtung, Verletzung oder nur Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes, mag sie sich vollziehen bei Tag oder bei Nacht, mit diesem oder mit jenem Mittel, stets gewinnt sie nur dadurch für das Gesinnungsstrafrecht Bedeutung, daß sie den gefährlichen inneren Zustand des Täters offenbart. Die Frage, welche der „Richter“ allein zu lösen hat, lautet: Ist der Täter antisozial gesinnt und darum gefährlich oder nicht? Auf diese Frage gibt jedes Verbrechen, ja jede rechtsfeindliche Aeußerung die gleiche Antwort. Was soll deshalb die Aufstellung eines besonderen Teiles? Praktischer Wert kann ihr nicht zugesprochen werden. Die Tätigkeit der Gerichte, welche die Feststellung der Anwendbarkeit von Begriffen wie Diebstahl oder Unterschlagung, Hehlerei, Untreue, Erpressung bezweckt, würde nach Merkel als eine im Ganzen unnütze zu betrachten sein. Die Verbrechensbegriffe können nicht nur, wie von Liszt meint, „vereinfacht werden“, sondern müßten sogar auf einen einzigen Begriff reduziert werden. Nicht „die meisten Qualifikationen der einzelnen Verbrechen können fallen“, sondern a l l e. Nicht nur „ein gut Vierteil aller Paragraphen unserer Strafgesetzbücher könnten (aus dieser Erwägung heraus) gestrichen werden“, sondern zum mindesten drei Viertel der-

selben. Nach Beling[1]) müßte die Aufstellung eines besonderen Teiles schon deshalb entfallen, „weil die Präventivtätigkeit das Vorliegen einer Tat überhaupt nicht erheischt und ein geschehener Angriff selbstverständlich den Täter als präsumtiven Schädling auch dann erkennen lassen kann, wenn er glücklich durch die Maschen der gesetzlich fixierten Tatbestände hindurchzuschlüpfen verstanden hat". Ja, jede solche Einengung der vorbeugenden Tätigkeit, wie sie durch die Bindung an formulierte Tatbestände geschaffen würde, wäre nach ihm „eine flagrante Preisgabe schutzwürdiger Interessen gegenüber jenen gewissenlosen Subjekten, die in fraudem der Tatbestände ihr Wesen zu treiben gedächten. Das Präventionsrecht verträgt keine derartige Formalisierung; nicht gegen typisch charakterisierte Angriffe, sondern gegen Angriffe überhaupt ist Gegenwehr am Platze". Mit der Durchführung dieser wichtigen Folgerung würde — eine anerkannte Folge — eine unabsehbare Menge von Kommentaren, Streitschriften, Monographien etc. überflüssig werden. Durch das Fehlen eines besonderen Teiles würde sich das Strafgesetzbuch der Zukunft am markantesten von seinen Vorgängern abheben.

§ 10. Jede Vereinfachung des besonderen Teiles des Strafrechts muß notwendig eine Vereinfachung der Lehre von der Verjährung mit sich bringen. Von ihrem prinzipiellen Standpunkte aus müßten die Modernen diese ganze Lehre überhaupt fallen lassen. Man braucht nur daran zu denken, daß weder durch die Tat noch bei der Aburteilung die Dauer der Strafe bestimmt wird. Damit fehlt jeder Maßstab für die Feststellung der Verjährungsdauer. Ebenso unbestimmt wie das Urteil müßte die Verjährung bleiben. Unbestimmtheit aber widerstreitet dem Begriffe der Verjährung direkt. Ueberdies dürfte es einleuchtend sein, daß gegenüber dem Unverbesserlichen weder die Strafverfolgung noch die Verurteilung verjähren kann, soll nicht die Sicherheit der Gesellschaft, der zu dienen doch die oberste Aufgabe der Gesinnungsstrafe und das Ziel der modernen Bestrebungen bildet, aufs empfindlichste gefährdet werden. Nun läßt sich aber die Unverbesserlichkeit weder aus der Tat erkennen noch durch die „Hauptverhandlung" ermitteln, sondern vermag erst im Laufe des Strafvollzuges festgestellt zu werden. Daraus folgt, daß jeder Verbrecher möglicherweise als ein Unverbesserlicher sich entpuppen kann, daß mithin bei jedem die Möglichkeit besteht, daß er dauernd für die Rechtsordnung und für die Gesellschaft eine

[1]) Vergeltungsidee 108/109

Gefahr bildet. Dazu kommt noch, daß die Zeit wohl sühnt, die Schuld tilgt, aber nicht einen antisozialen Charakter auszurotten vermag. Den besten Beweis hiefür bietet die Annahme der Unverbesserlichkeit. Vom Standpunkt der Modernen aus könnte eine Verjährung, um mit Beling zu reden, in keiner Form aufrecht erhalten werden. Gefährlichkeit und Charakter können möglicherweise beseitigt werden, aber sie verjähren nicht!

III. Kapitel.

§ 11. Die in den beiden vorausgegangenen Kapiteln dargestellten gewaltigen Umwälzungen auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts, zu denen das Prinzip der Modernen bei konsequenter Durchführung mit zwingender Notwendigkeit führen muß, können ganz naturgemäß nicht ohne tiefgehenden Einfluß auf das formelle Recht bleiben. Als wichtigste Folge ergibt sich, um dies gleich vorwegzunehmen, die, daß der Strafrichter seine dominierende Stellung zu Gunsten des Strafvollzugsbeamten einbüßt. Das Schwergewicht geht vom Strafprozeß auf den Strafvollzug über. Aufgabe des zukünftigen Strafprozesses bildet die Feststellung der antisozialen Gesinnung und der mit dieser gegebenen Gefährlichkeit des Beschuldigten. Unmöglich kann die wahre Aufgabe darin bestehen, „den Stärkegrad der antisozialen Triebfeder, die ihn bewegt, zu prüfen".[1]) Es ist schon mehrmals darauf hingewiesen worden, daß solche Stärkegrade der antisozialen Triebfeder, also des Charakters, wenn sie überhaupt existieren, nicht als Maßstab verwendet werden können, für die Beurteilung mithin bedeutungslos bleiben müssen.

Entsprechend der neuen Aufgabe des Strafprozesses werden auch die ihn beherrschenden Prinzipien zum Teile wenigstens andere sein müssen als heute. Wenn die Gesellschaft ein Recht auf Schutz gegen Verbrechen hat, von jedem antisozial Gesinnten aber Verbrechen zu erwarten sind, so ist es ein Gebot der Notwendigkeit, in jedem Falle rücksichtslos einzuschreiten. Ja, es muß Pflicht eines jeden Gliedes der Gesellschaft sein, durch Bekundung seiner rechtsfeindlichen Gesinnung zu seinem und der Gesellschaft Wohl Veranlassung zu einer Behandlung zu geben, ähnlich wie es beim Ausbruch einer Seuche zu geschehen hat. Alle Zugeständnisse an das Opportunitätsprinzip sind daher als der Forderung des gesellschaftlichen Wohles ungünstig wieder zu kassieren. Die unbedingte Herrschaft des Legalitätsprinzipes frei von jeglicher Schranke ist allein dem

[1]) Prins, MIKV Bd. IV. 160

neuen Prozesse angemessen. Ein jedes wahrgenommene Symptom hat notwendig Veranlassung zu einer Untersuchung des Verdächtigen zu geben. Gewiß darf man nicht jede durch ein Individuum in der Außenwelt hervorgerufene Veränderung als Ausfluß seiner Gesinnung ansehen, aber die Möglichkeit, daß sie aus ihr entsprang, besteht immer und diese Möglichkeit muß berücksichtigt werden. Lieber zehn soziale Charaktere einer ergebnislosen Untersuchung unterwerfen als einen sozialen Schädling zum Verderben seiner Mitmenschen laufen lassen. Wer mit der Strafe gerechte Vergeltung üben will, darf in keinem Falle einen Unschuldigen strafen; das würde dem Strafzwecke direkt widerstreiten. Wer aber durch die Strafe schützen will, der darf nicht einen einzigen Gemeingefährlichen unbeachtet lassen; dagegen kann es nichts schaden, auch einmal einen Ungefährlichen zu treffen, um so desto sicherer alle Gemeingefährlichen zu erreichen. So wird beim Ausbruch einer gemeingefährlichen Krankheit ein zu viel eher am Platze sein, als ein zu wenig und das natürliche Empfinden des Einzelnen, mit dem doch die Modernen so gerne sich im Einklange befinden möchten, wird sich eher mit einem zu viel, als mit einem zu wenig zufrieden geben. Es befremdet nach dem Dargelegten zu hören, daß die Modernen dem Legalitätsprinzipe allgemein feindlich gegenüberstehen. So äußert sich z. B. Staatsanwalt Dr. Bluhme[1])-Frankfurt auf dem Kongreß der IKV 1907 dahin, daß es durchaus an der Zeit sei, das Opportunitätsprinzip an die Stelle des Legalitätsprinzipes treten zu lassen. Nach seiner Ansicht könne man unbesorgt vom Legalitätsprinzipe zum Opportunitätsprinzip übergehen. Landgerichtsdirektor a. D. Dr. Aschrott[2]) führte auf dem nämlichen Kongresse aus, daß sich aus dem Legalitätsprinzipe in dem Umfange, wie wir es heute in Deutschland haben, schwere Mißstände ergeben hätten. Nach H. Seuffert ist das Legalitätsprinzip „die prozessuale Verwirklichung des Vergeltungsgedankens und zwar in seiner starresten Herrschaft.“ Dem möchte ich nun aufs schärfste entgegentreten. Gerade das Prinzip der Modernen fordert ein unbedingtes Einschreiten in jedem Falle. Was können die Modernen von ihrem grundsätzlichen Standpunkte aus anführen, um z. B. ihre Stellungnahme für den Satz minima non curat praetor zu rechtfertigen? Können sie etwa geltend machen, wie das Seuffert tut, daß Delikt und Verdienst gegeneinander abgeglichen werden dürften? Ja, weshalb der Täter gestraft wird, ist nicht das Delikt,

[1]) MIKV Bd. 14 S. 335.
[2]) MIKV Bd. 14 S. 229.

sondern seine Gefährlichkeit. Aus einer Abgleichung von Gefährlichkeit und Verdienst aber würde die Gerechtigkeit i. e. Zweckmäßigkeit sicherlich nicht nur keinen Nutzen ziehen, sondern großen Schaden davontragen. Dabei darf man nicht übersehen, daß eine solche Ausgleichung nur vom indeterministischen Standpunkte aus denkbar wäre, während der konsequente Determinist in dem mit Notwendigkeit erfolgenden Handeln des Menschen unmöglich ein Verdienst erblicken darf. Auch der Vorwurf kann nicht als begründet erachtet werden, daß durch die Ausschließung jenes Satzes eine derartige Ueberlastung der Organe der Strafjustiz, der Strafgerichte und vor allem der Staatsanwaltschaft eintreten werde, daß es diesen Organen zum Mindesten erschwert werde, den erheblichen Strafsachen die erforderliche Zeit zu widmen und das wünschenswerte Interesse entgegenzubringen. Nur im Vergeltungsrecht, wo der Erheblichkeit der Strafsache auch die Größe der Schuld entspricht, läßt sich eine Unterscheidung innerhalb der Strafsachen rechtfertigen und kann jenem Vorwurf möglicherweise eine Berechtigung zukommen. Das deterministische Schutzstrafrecht dagegen kennt weder jene Abgleichung, noch diesen Unterschied. Daß der Antisozialgesinnte und deshalb Gemeingefährliche zuerst nur einen Diebstahl im Werte von wenigen Pfennigen oder aber einen Mord beging, mag für die Zukunft gleichgültig sein. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, wie man mit Recht schon hervorgehoben hat, daß durch jenen Mord — man denke an die Ermordung des Todfeindes oder des reichen Erbonkels — die Gefährlichkeit des Täters sich ein für allemal entladen hat, während jener Dieb auf dem besten Weg ist, für die Rechtsordnung und für die Gesellschaft eine äußerst ernste Gefahr zu werden. Nur wenn ausschließlich das begangene Verbrechen in Betracht kommt, vermag man einen Unterschied zwischen erheblichen und mindererheblichen Strafsachen berechtigt zu postulieren. Wo es dagegen ausschließlich ankommt auf die Befürchtungen, die man für die Zukunft hegen muß, auf das, was der Täter für die Zukunft erwarten läßt, da liegt die Entscheidung einzig und allein darin, ob die antisoziale Gesinnung mehr oder weniger tief gewurzelt, ob sie bald oder nur erst durch eine langedauernde intensive Behandlung auszurotten ist oder nicht. Ueber diese Frage jedoch kann nur der Strafvollzug, nicht aber das begangene Delikt Auskunft geben. Zum Ende fragt es sich noch, ob es überhaupt solche minima gibt. Niemand anders, wie von Liszt selbst sagt einmal: „Ich glaube nicht, daß es strafbare Handlungen gibt, bei welchen das Interesse des

Staates an der Verfolgung ein minimales ist, oder, um die Sache beim rechten Namen zu nennen, bei welchen es dem Staate gleichgültig sein kann, ob eine Verfolgung eintritt oder nicht".[1]) Eine weitere wichtige Konsequenz aus dem Prinzipe der Modernen wäre die, daß an Stelle des heutigen Akkusationsprozesses wieder der mittelalterliche Inquisitionsprozeß zu treten hätte. Wie der Kranke dem Arzt, so steht der soziale Schädling dem künftigen Richter gegenüber. Dabei muß bedacht werden, daß es nicht vom sozialen Kranken abhängt, ob er sich behandeln lassen will oder nicht, daß vielmehr das Einschreiten der Staatsgewalt im Interesse der Gesellschaft notwendig zu erfolgen hat. Der Angeklagte ist nicht berechtigte Partei, sondern lediglich Gegenstand der Untersuchung. Von einem kontradiktorischen Verfahren kann keine Rede sein. Eine Staatsanwaltschaft erscheint überflüssig. Jedes Anklagemonopol muß im Interesse eines tatkräftigen gesellschaftlichen Schutzes fallen. Ferner wäre es ganz unzweckmäßig, den Richter auf die durch irgend welche Partei und ihren Beweis gegebene Grundlage beschränken zu wollen. Jede Schranke hinsichtlich der Sammlung des Beweismaterials und seiner Benützung widerspricht dem Strafzweck. Im Gegensatz zum früheren schriftlichen Prozesse wird das Prinzip der Unmittelbarkeit des Verfahrens als dem Wesen einer ärztlichen Untersuchung entsprechender beizubehalten sein. Noch weniger aber wird eine zweite im Prinzipe der Mündlichkeit liegende Forderung unbeachtet gelassen werden können, nämlich das Postulat der Kontinuität des Verfahrens. Weil allein der Zeitpunkt des Urteils entscheidet, so muß die Untersuchung kurz vor diesem Zeitpunkte und zwar ununterbrochen geführt werden, damit ihr Resultat als definitive Grundlage für die Beurteilung dienen könne. Völlig unberücksichtigt dagegen kann die Forderung nach Oeffentlichkeit des Verfahrens bleiben. Der Begriff der Parteiöffentlichkeit verschwindet schon mit dem Begriff der Parteien selbst. Die Oeffentlichkeit überhaupt widerstreitet dem Untersuchungsprinzipe und dem darauf gegründeten Verfahren dem Wesen nach.[2]) Alle Gründe, die man zu Gunsten der Oeffentlichkeit vorgebracht hat, können vom Standpunkte der deterministischen Modernen nicht als stichhaltig angesehen werden. Ja, es dürfte sich fragen, ob man denn überhaupt die Oeffentlichkeit zulassen soll, ob nicht vielmehr ihre Ausschließung im Interesse einer ruhigen und ungestörten Unter-

[1]) Aufs. I. 21.

[2]) E. Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechtes. 1893 S. 41.

suchung unbedingt geboten erscheint. Gleich dem Staatsanwalte würde auch der Privatkläger und der Nebenkläger keine Rolle im künftigen Prozesse mehr spielen können. Ueber die Frage, ob der Täter eine Gefahr für die Rechtsordnung und für die Gesellschaft bildet, kommt dem Verletzten auch nicht die leiseste Spur eines Urteils zu. Alle anderen Fragen aber wären aus dem Prozesse der Zukunft ausgewiesen.

Einschneidende Aenderungen wären ferner auf dem Gebiete des Beweisverfahrens unausbleiblich. So müßte der Zeugenbeweis verschwinden. Die Urkunde würde keine größere Bedeutung haben, als das Verbrechen selbst; sie bewiese nur, daß den Täter zur Zeit ihrer Abfassung eine rechtsfeindliche Gesinnung beherrschte. Für ein Geständnis fehlte es am Objekte. Auch der Beweis durch Sachverständige wäre bei der noch zu besprechenden gründlichen Ausbildung des Richters und der Dezentralisierung der Rechtspflege wohl überflüssig. Der richterliche Augenschein hätte seine letzte Stunde gesehen; denn eine „psychologische Prüfung des verbrecherischen Menschen auf Herz und Nieren“ kann nicht durch Tatsachen und Vorgänge unterstützt werden, die völlig außerhalb des Verbrechers liegen. Freilich woraus „die richterliche Erkenntnis der seelischen Eigenart des Verbrechers“ geschöpft werden soll, haben die Modernen nicht verraten.

Eine weitere Konsequenz aus dem Prinzipe der Gesinnungsstrafe der Modernen wäre die Aufgabe des Grundsatzes: in dubio pro reo. Gilt es den Schutz der Gesellschaft, so muß im Zweifel die Gefährlichkeit des Angeklagten als gegeben angenommen werden. Lieber einen Sozialgesinnten irrtümlich auf kurze Zeit ins Gefängnis, ins „moralische Sanatorium“, senden als einen antisozialen Schädling wie ein wildes Tier auf die Gesellschaft loslassen! Nach Beling[1]) wäre obiger Grundsatz zu ersetzen etwa durch den Satz: in dubio pro illo, qui in periculo esse videtur. Von Birkmeyer verweist in seinen Studien[2]) zur Bestätigung auf die eben erwähnte Stelle bei Beling. Der im geltenden Recht anerkannte Grundsatz: ne bis in idem könnte nicht weiter aufrecht erhalten werden. „Der Schutz des Angeklagten gegen mehrmalige Verfolgung wegen derselben Tat, der Schutz, der ihm bisher nach dem Grundsatze ne bis in idem zu teil wurde, geht ihm verloren, wenn nicht mehr die Tat, sondern die Gesinnung den Gegenstand der Bestrafung und damit der Verfolgung bildet“, sagt von

---

[1]) Vergeltungsidee 97/98.
[2]) Studien, 139.

Birkmeyer in seinen Studien.[1]) Daß freilich das Verschwinden dieses Schutzwalles im Hinblick darauf, daß doch der zu Strafende geheilt bezw. zu seinem eigenen und der Gesellschaft Schutz dem Anblick seiner Mitmenschen entzogen werden soll, praktisch von großer Tragweite sein würde, erscheint nicht wahrscheinlich. Mit der akzessorischen Natur der Teilnahme, welche die Modernen, wie wir sahen, prinzipiell verwerfen müssen, hätten auch die aus ihr sich ergebenden in der Strafprozeßordnung mehrfach statuierten prozessualen Konsequenzen wegzufallen, eine Folgerung, auf die von Birkmeyer[2]) hingewiesen hat.

Desgleichen hätte die Lehre von den Rechtsmitteln aus dem künftigen Prozeßrechte auszuscheiden, zumal in dubio non pro reo, sed pro societate zu entscheiden wäre. Daß auch die Lehre von der Rechtskraft eine tiefgreifende Umgestaltung erfahren würde, darüber cf. Beling, Vergeltungsidee 96 und von Birkmeyer, Studien 140. Das Verbot der reformatio in peius, das die Vertreter jeder Schutzstrafe verwerfen müssen, wäre schon mit dem Wegfalle der Rechtsmittel beseitigt.

Was einzelne Arten des Verfahrens betrifft, so hätte vor allem jedes summarische Verfahren auszuscheiden.[3]) Ein Verfahren gegenüber Abwesenden wäre hier so wenig denkbar als eine ärztliche Untersuchung Abwesender. Für die Verhandlung gegen Jugendliche dagegen ergibt sich keinerlei Unterschied, ob man auf dem Standpunkte der Modernen oder auf dem der klassischen Schule steht.

Alle Bestimmungen über sachliche Zuständigkeit könnten in dem Strafgesetzbuch der Modernen vermißt werden. An ihre Stelle würde eine persönliche Zuständigkeit treten, das heißt, jede Person hätte ihr bestimmtes Forum, genauer ihren bestimmten Richter, der sie wie kein anderer kennt und deshalb allein beurteilen kann. Daß als maßgebender Zeitpunkt nur der der Aburteilung in Betracht zu kommen hätte, wurde schon öfters betont.

§ 12. Um den nahezu übermenschlichen Anforderungen, wie sie der moderne Prozeß mit seiner völlig neuen Aufgabe und Gestaltung an den künftigen Richter stellen würde, auch nur einigermaßen gerecht werden zu können, müßte eine ganz andere richterliche Ausbildung gefordert werden, wie heute.[4]) Nicht darüber mehr hätte er zu entscheiden, ob Mord oder

[1]) Studien 139/140.
[2]) Studien 142.
[3]) cf. von Birkmeyer, Studien 141.
[4]) cf. von Birkmeyer, Studien 128 ff.

Totschlag, ob Diebstahl oder Unterschlagung, ob Versuch oder Vorbereitungshandlung, ob ein einfaches oder ein ausgezeichnetes Delikt in Frage stünde, ob Schuld- bezw. Strafausschließungsgründe, ob Strafschärfungs- bezw. Strafmilderungsgründe vorlägen, sondern darüber hätte er zu befinden, ob der Verdächtige sozial oder antisozial gesinnt wäre, ob sein Charakter und seine Persönlichkeit mit den Forderungen der Rechts- und Gesellschaftsordnung im Einklang stünden. „Auf Herz und Nieren", wie es bei von Liszt heißt, hätte er den Delinquenten zu prüfen. Deshalb müßte er in allen Wissenschaften, die sich mit der psychischen und wohl auch mit der physischen Beschaffenheit des Menschen und mit den Mitteln zur Einwirkung auf dieselbe befassen, zu Hause sein. Aus mehreren heutigen Hilfswissenschaften des Strafrechts würde sich die Wissenschaft zusammensetzen, deren Beherrschung für den Richterberuf als unerläßlich gefordert werden müßte. Dagegen hätte die Strafrechtswissenschaft im heutigen Sinne für immer ihre Schuldigkeit getan und könnte als wertlos „an den Nagel gehängt" werden.

Die gründliche Fachausbildung, wie sie dem Richter der Zukunft zuteil wird, sowie die veränderte Aufgabe des Strafprozesses machen jedes Laienrichtertum unmöglich. Wie der Kranke nur vom Arzt, so vermag der soziale Schädling nur vom Berufsrichter künftighin erfolgreich auf seine Gesinnung untersucht zu werden. Die brennende Frage, ob Schwurgericht oder Schöffengericht, erhält dadurch eine sehr einfache Lösung; keines von beiden. In den Händen des Berufsrichtertums liegt ausschließlich die gesamte Rechtsprechung. Und hier wird der Einzelrichter das Richterkollegium verdrängen. Wenn es gilt, den Charakter zu prüfen, nach der Persönlichkeit und Individualität zu forschen, die innere Beschaffenheit eines Menschen kennen zu lernen, da ist vor allem eines notwendig: genaueste Kenntnis der Leute, die man zu beurteilen hat, Vertrautsein mit ihrer Lebensart und Tätigkeit, mit ihren Sitten und Gebräuchen. Der Urteilende muß dahin gelangen, daß selbst das unscheinbarste Symptom, die schwächste Regung der rechtsfeindlichen Gesinnung ihm nicht entgehen darf, sondern ihm sofort zum Einschreiten Veranlassung geben muß. Die konsequente Durchführung des Prinzipes der Modernen führt demnach zu einschneidenden Neuerungen auch auf dem Gebiete der Gerichtsorganisation. Beseitigung der Schöffen- und Schwurgerichte, Aufhebung der Kollegialgerichte und vor allem eine möglichst weitgehende Dezentralisierung der Rechtspflege.[1]) In jedem noch so kleinen Orte hat mindestens ein

[1]) cf. von Birkmeyer, Studien 129/130.

Richter des Amtes zu walten, der, ein geborener Seelenkenner, mit dem menschlichen Charakter durch entsprechendes Studium wie kein anderer vertraut, mit Seherblick die antisozialen Elemente so früh wie möglich von ihren glücklicheren Mitbürgern abzuscheiden berufen ist, um sie zum Wohle der schutzberechtigten Gesellschaft wie auch in ihrem eigenen Interesse entweder in die entsprechende Kur- oder Besserungsanstalt bis zur erfolgten Heilung oder ins Zuchthaus auf Lebenszeit einzuweisen. Daß diesem Beschützer der sozialen Menschheit in seiner untersuchenden wie entscheidenden Tätigkeit keinerlei Schranken gesetzt werden dürfen und können, versteht sich wohl nach dem Gesagten von selbst. Er allein ist ja im Stande, die von ihm beständig überwachten Glieder der Gesellschaft richtig zu beurteilen. Niemand vermag sein Urteil zu berichtigen. Ueber jeglicher Kritik steht er hoch erhaben. Freiestes richterliches Ermessen ist deshalb vom Standpunkt der deterministischen Modernen aus unerläßlich. Diese Forderung wird denn auch „als in der Modernen Richtung begründet von deren Anhängern bei jeder Gelegenheit erhoben, um so uneingeschränkter, je energischer und konsequenter sie die moderne Richtung vertreten“.[1]) Ganz naturgemäß sind alle die großen Gefahren, welche ein solches freie Ermessen des Richters mit sich bringen muß[2]), wie richterliche Willkür u. s. w. auch hier gegeben. Eine ganz verschiedene Wertung derselben Straftat durch die verschiedenen Gerichte dürfte freilich nur zu geringer Befürchtung Anlaß sein; denn die Straftat wird überhaupt nicht mehr gewertet, sie bildet nicht mehr den Maßstab für die Strafe, sondern lediglich eine Veranlassung zur richterlichen Untersuchung.

Das freie richterliche Ermessen darf allerdings nur soweit bestehen, als es gilt, die Aufgabe des Strafprozesses zu lösen, also nur hinsichtlich der Frage, ob der Delinquent antisozial gesinnt, und vielleicht noch, ob ev. diese Gesinnung ausrottbar ist. Dagegen rücksichtlich der Art und des Maßes der Strafe muß jede Bestimmungsmöglichkeit des Richters ausgeschlossen sein. Es kann ihm nicht freigestellt werden, ob er den Unverbesserlichen in ein Besserungshaus, den Geistesgesunden in eine Irrenanstalt stecken will. Für den Unverbesserlichen gibt es nur ein Strafmaß, nämlich Unschädlichmachung. Wann der Besserungsfähige gebessert ist, läßt sich nicht von vornherein bestimmen, erhellt vielmehr erst aus dem Erfolg des Strafvollzuges. Also gerade auf dem Gebiete der

[1]) von Birkmeyer, Studien 132/133.
[2]) cf. von Birkmeyer, Studien 115. ff.

Strafausmessung, wo das auf indeterministischer Grundlage aufgebaute Strafrecht die Möglichkeit besitzt, dem Richter den weitesten Spielraum zu gestatten — man vergleiche nur den Schweizer Entwurf von Stooß —, ist derselbe hier vollständig gebunden. Freilich indirekt liegt auch hinsichtlich der Bestimmung der Strafe nach Art und Maß die Entscheidung allein beim Richter; denn nur er urteilt darüber, ob der Verdächtige als strafwürdig anzusehen sei. Von seinem Befinden hängt es also in letzter Linie ab, ob der Verbrecher nur einer kurzen mehr oder weniger angenehmen Besserungskur unterzogen wird oder ob er seine ganze künftige Existenz hinter Schloß und Riegel verbringen muß. Wer soll da noch an die Fortdauer des Satzes nulla poena sine lege glauben? Er ist beseitigt, genau wie der andere Fundamentalsatz des geltenden Strafrechts nullum crimen sine lege. Hinweggespült ist damit „das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“ und das Strafrecht als „die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates“ gehört der Geschichte an.

Um seiner gewaltigen Aufgabe gewachsen zu sein, muß der Gesinnungsstrafrichter über eine ungeheure Menschenkenntnis und vor allem über eine große Erfahrung im Umgange mit antisozialen Elementen verfügen. Wer könnte sich deshalb besser zum Richterberufe eignen als der Strafvollzugsbeamte, dessen Aufsicht und Fürsorge die zu behandelnden Verbrecher anvertraut sind und der darum wie kein anderer Gelegenheit hat, Blicke in das innerste Wesen solcher Charaktere zu tun. Andererseits ist zur Bestimmung der Strafart und zur zweckmäßigen Verwendung derselben eine Vorbildung nötig, wie wir sie im Vorstehenden als unerläßliche Voraussetzung für den Richterberuf geschildert haben. Noch mehr als der Richter müßten gerade die Strafvollzugsbeamten Leute sein, „welche die Gewohnheiten und Sitten ihres kleinen Kreises studieren und verstehen lernen und so auch Natur, Disposition, Beweggründe und Charakter der Menschen richtig würdigen können“, die sie durch zielbewußte Behandlung zu sozial brauchbaren Bürgern umwandeln sollen. In einem konsequent durchgeführten Gesinnungsstrafrecht hat sonach die Anerkennung eines eigenen Richterstandes keine Berechtigung mehr. Die einzige richterliche Funktion der Aburteilung wird vielmehr besser dem Strafvollzugsbeamten übertragen, der den antisozialen Typus nicht nur aus Büchern kennt. Verschmelzung von Richtertum und Strafvollzugsbeamtentum und zwar in dem Sinne, daß dem Strafvollzugsbeamten als dem allein dazu geeigneten auch noch die richterliche Funktion übertragen wird,

das ist die bedeutsamste Konsequenz für das formelle Recht. Der Strafvollzug zieht die richterliche Tätigkeit in seinen Bereich herein und empfängt dafür auch die richterliche Unabhängigkeit. Im Grunde genommen ist das eine ganz selbstverständliche Konsequenz; denn wo keine Schuld, da bedarf es auch keines Richters, und Krankheiten und Gefahren aufzudecken und zu beseitigen hat nie als Aufgabe des Richters gegolten.

Wenn wir das Gesinnungsstrafrecht der Modernen, wie wir es durch unsere Darstellung nun kennen gelernt haben, mit dem bisherigen Strafrecht vergleichen, so drängt sich unwillkürlich die Frage auf, ob denn jenes überhaupt ein Strafrecht genannt werden darf. Es ist uns in Fleisch und Blut übergegangen, daß die Strafe ein empfindliches Uebel darstellt, welches dem Schuldigen verdientermaßen zugefügt wird. Was nicht unser Verdienst ist, wofür wir nichts können, dafür können wir so wenig bestraft werden, als wir dafür einen Lohn erwarten dürfen. Nur dasjenige Uebel, das wir zufügen oder erleiden, weil es verdient wurde, nennen wir Strafe.[1]) Das Uebel dagegen, das den Unschuldigen trifft, bezeichnen wir niemals als Strafe, sondern als das, was es wirklich ist, als ein Mißgeschick, ein Unglück. Den Schuldlosen kann man nicht strafen wollen.[2]) Schon aus dieser Erwägung heraus muß man den Maßregeln der Modernen den Charakter von Strafen absprechen. Denn der Determinist darf, wie wir in der Schuldlehre sahen, eine Schuld nicht anerkennen und muß deshalb in dem Verbrecher einen Unschuldigen erblicken. Aber noch ein anderer wesentlicherer Grund nimmt den Modernen die Berechtigung, ihre Sicherungsmaßregeln Strafe zu nennen. Nicht die Uebelnatur, sondern der Vergeltungszweck stempelt eine Maßregel zur Strafe. Die Zweckbestimmung, nicht die Uebelnatur bildet das entscheidende Merkmal. Verbietet der Vater seinem Kinde den Besuch einer Theatervorstellung, so bedeutet das ein Uebel, aber gewiß noch nicht ohne weiteres eine Strafe. Erst der Zweck, zu dessen Verfolgung das Verbot erlassen wurde, vermag ihm ev. den Charakter einer Strafe zu verleihen. Ob die Strafe dem Maße des Verschuldens wirklich entspricht, ob sie als gerecht zu bezeichnen oder nicht, ist für ihr Wesen gleichgültig. Auch darauf kommt es nicht an, ob sie im gegebenen Falle tatsächlich ein Uebel ist oder

[1]) Heimberger, Was dürfen wir . . . 1909 S. 23: „Keine Strafe ohne Schuld. Man sollte meinen, das sei der klarste und selbstverständlichste Satz, den es geben kann".

[2]) Birkmeyer in seiner Encyklopädie S. 1100.

vom Täter als ein solches empfunden wird, sondern nur darauf, daß sie in den Augen des Strafenden ein Uebel darstellt. Wer strafen will, will ein Uebel zufügen; daran kann nicht gedeutelt werden. Aber der Uebelcharakter allein macht das Wesen der Strafe noch nicht aus, wie vielfach die Modernen fälschlich anzunehmen scheinen, sondern es muß noch ein bestimmter Zweck hinzutreten. Dieser Zweck war nun zu allen Zeiten, Unrecht zu vergelten.[1]) Wie der Wohltäter Gutes, so verdient der Uebeltäter ein Uebel. Verdientes Uebel zuzufügen war von jeher der Zweck der Strafe und nur solche Maßnahmen, die diesem Zwecke dienten, wurden Strafe genannt. Warum sollte man auf einmal das, was bisher Schneiden hieß, nunmehr Schlagen nennen? Wenn der Lehrer einem faulen Schüler zur Aneiferung ein Buch schenkt, wird kein Mensch auf den Gedanken verfallen, dieses Geschenk stelle einen Lohn dar. Aber nicht einen Funken mehr Recht hat man, Maßregeln, die nur darauf hinauszielen, die von dem antisozial gesinnten Individuum für die Gesellschaft drohenden Gefahren zu beseitigen, Strafe zu nennen. Was speziell die sog. Besserungsstrafe betrifft, so verbietet noch ein weiterer Umstand, in ihr eine Strafe zu sehen. Sie soll in einer Behandlung bestehen. Darunter verstehen wir ein Umwandeln und zwar durch unmittelbare Einwirkung auf das umzugestaltende Subjekt. Heilung des Kranken, Kräftigung des Schwachen, Besserung des Rechtsfeindes sind Fälle von Behandlung. Aber dem Wesen der Strafe ist eine solche Behandlung fremd. Nicht so freilich, als ob die Strafe nicht in vielen Fällen eine Umwandlung bewirken könne. Aber dieser Erfolg kann immer nur ein zufälliger sein, darf nicht den Zweck bilden. Behandlung und Strafe sind einander ausschließende Zwecke. Trotzdem steht natürlich nichts im Wege, daß neben der Strafe gleichzeitig auch eine Behandlung stattfindet. Im Gegenteil, vielfach wird dies sogar äußerst ratsam sein. Warum dem arbeitsscheuen Verbrecher nicht schon während seiner Freiheitsstrafe tüchtig Arbeit zuweisen, damit er sich an sie gewöhne? Behandlung und andere sichernde Maßnahmen neben oder nach der Strafe, aber niemals statt der Strafe[2]), wie es leider in den neuen

[1]) Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe 7: „Der Vergeltungsgedanke wohnt ihr (nämlich der Strafe) untrennbar inne. . . . . Der Satz: die Strafe ist nicht Vergeltung oder soll nicht Vergeltung sein — ist direkt falsch".

[2]) von Liszt in Oesterr. ZS. f. Str. R. 1910 S. 6. sagt: „Der Begriff der Sicherungsstrafe enthält nach unserer Auffassung keinen logischen Widerspruch. . . . . Darum ist das Vikariieren zwischen Strafe und sichernden Massnahmen nicht nur logisch möglich, sondern praktisch unter

Strafgesetzentwürfen postuliert wird! Denn in Wahrheit bedeutet diese Ersetzung eine Beseitigung der Strafe, Straflosigkeit. Wäre es wirklich gerecht, den rechtschaffenen Bürger, den bittere Not der Seinen zum Verbrechen getrieben, zu strafen, den arbeitsscheuen Dieb dagegen nur zu behandeln? Nein, grundsätzlich muß vielmehr überall da, wo Schuld gegeben ist, auch gestraft werden. Für ein Einschreiten der Verbrechensprophylaxe dagegen ist nur neben oder nach der Strafe ein Platz. Die erziehende Behandlung wie die Modernen sie für ihre Besserungsfähigen fordern und prinzipgemäß fordern müssen, hat deshalb mit der Strafe gar nichts gemein. Daß auch die Unschädlichmachung der sog. Unverbesserlichen nicht Strafe genannt werden darf, hat von Birkmeyer in seiner Anti-Liszt-Schrift S. 18 ff. nachgewiesen, wo er zu dem Schlusse kommt: „Sie ist nicht Strafe, sondern Sicherungsmaßregel". Die Schutzstrafe der Modernen ist keine Strafe. Der Sieg der modernen Richtung würde darum nichts Geringeres bedeuten als Auflösung und Beseitigung des Strafrechts und Ersetzung desselben durch ein Sicherungsrecht. „Das Strafrecht hört auf, die Verhinderung sozialer Schädlichkeit tritt an seine Stelle".[1]) — Daß das Prinzip der Modernen zu diesem Endziele hindrängt, hat neben anderen besonders von Birkmeyer dargelegt.[2])

Der letzte Grund der Verschiedenheiten zwischen dem Gesinnungsstrafrecht der Modernen und dem klassischen Schuldstrafrecht ist darin zu suchen, daß eben die Modernen im Gegensatz zu den Vertretern der klassischen Schule auf deterministischem Boden stehen, daß sie im Widerspruch mit der herrschenden Anschauung und mit der Erfahrung des täglichen Lebens die Willensfreiheit, die Freiheit des Ichs leugnen. Solange es nicht gelingt die Unhaltbarkeit der deterministischen Hypothese überzeugend nachzuweisen, solange werden die Versuche nicht aufhören, auf ihrer Grundlage das Strafrecht aufzubauen. Solche Versuche, eine bisher allgemein anerkannte Anschauung zu stürzen, sind immer begrüßenswert, führen sie doch notwendig zu einer noch schärferen Erfassung und Begründung des richtigen Gedankens. Woran aber unbedingt Anstoß genommen werden muß, das ist die so vielfach sich bei den Modernen findende mißbräuchliche Verwendung der Sprache, die „Vergewaltigung des Sprachgebrauches", wie

---

gewissen Voraussetzungen unbedingt zu empfehlen". Dem kann nicht beigestimmt werden.

[1]) Joel, Der freie Wille 1908 S. 343.

[2]) GS. Bd. 47 S. 410, 415 und vor allem Studien 163 ff.; cf. auch von Overbeck, Erscheinungsformen 2.

Merkel[1]) einmal sagt. Oder vermag man es anders zu bezeichnen, wenn der Determinist keine Schuld kennt und doch von Schuld redet, wenn er eine Freiheit des menschlichen Willens anerkennt, trotzdem er jede Wahlfähigkeit des Willens ablehnt, wenn er erklärt, daß das Handeln des Menschen aus der inneren Eigenart mit zwingender Notwendigkeit hervorgeht, und doch von der Strafe als einer zielbewußten Willenshandlung spricht, wenn er den Vergeltungszweck leugnend seine sichernden Maßnahmen als Strafen angesprochen wissen will, wenn er Gesinnung, Charakter, Eigenart, Individualität und Persönlichkeit zur Bezeichnung für ein und denselben Begriff verwendet? Durch solche mißbräuchliche Verwendung aber wird der nicht mit dieser neuen Sprache Vertraute getäuscht. Schlagworte wie stärkere Berücksichtigung der Gesinnung und individuelle Behandlung müssen den Laien für die Vorschläge der Modernen einnehmen. „Individuelle Strafe — individuelle Erziehung! Wer hört nicht den Flügelschlag der neuen Zeit?“ schreibt begeistert Fritz Auer in seinem sozialen Strafrecht 1903. Aber der Uneingeweihte nehme einmal die farbigen Gläser weg und sehe den Armen, der unberechtigt einige Pfennige an sich genommen hat, gleich wie die Giftmischerin und den elenden Erpresser als angeblich Unverbesserlichen auf immer hinter den Toren des Zuchthauses verschwinden, sehe, wie von drei der gleichen strafbaren Handlung Ueberführten der eine schon nach einem Jahr die Strafanstalt als „Gebesserter“ verläßt, der andere nach fünf Jahren erst die Freiheit wiederfindet und der dritte, der womöglich bei der Begehung der Tat nur die Rolle eines Gehilfen gespielt hat, die Freiheit überhaupt nicht mehr wieder sieht. Es wird dann für ihn eine geringe Beruhigung bedeuten, wenn ihm die Modernen versichern, daß sie nur „Schwache aufrichten“ und den Unverbesserlichen im Interesse der Gesellschaft und in seinem eigenen Interesse „für den Rest seines Erdenwallens von dem Angesicht ihrer Mitmenschen abschließen“ wollen, daß die individuelle Freiheit, die Freiheit des Ichs, nicht angetastet werden könne, da sie gar nicht existiere, daß das Freiheitsgefühl „als eine gesetzmäßige Begleiterscheinung einer normalen, leichten Auslösung der Willensäußerungen anzusehen“ sei und ein darüber hinausgehendes Freiheitsbewußtsein des Menschen nur auf Selbsttäuschung beruhe und daß schließlich ihre Gesinnungsstrafe die einzig gerechte, weil einzig

[1]) A. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, zur Beleuchtung der neuen Horizonte in der Strafrechtswissenschaft 1892 in der Festgabe für R. von Ihering S. 113.

zweckmäßige sei. Wer sich mit der bloßen Versicherung der Modernen, daß sie die Gesinnung des Täters ausschlaggebend berücksichtigen wollen, nicht begnügt, um ihre „Strafe“ als die ideale Strafe der Zukunft gutheißen zu können, sondern sich mit dem Prinzipe ihrer Gesinnungsstrafe und mit den aus ihm sich ergebenden Konsequenzen vertraut zu machen bemüht, der wird, je mehr er die neue Sprache verstehen lernt, desto mehr in seinen Erwartungen sich getäuscht sehen und mit immer zunehmendem Schrecken dem „Flügelschlag der neuen Zeit“ lauschen. Um aber auch dem Fernstehenderen im Volke die Augen zu öffnen, ist es nötig, die Sprache der Modernen in die Sprache des wirklichen Lebens zu übersetzen und dadurch klarzulegen, wie es in Wahrheit mit ihrem Ideal, mit ihrer Gesinnungsstrafe bestellt ist. Vor allem aber muß beleuchtet werden, wie eine gedeihliche Mitarbeit am Reformwerke an der deterministischen Grundauffassung unbedingt scheitern muß, wie vielmehr die Anerkennung der Willensfreiheit die einzig mögliche Grundlage für den Aufbau eines brauchbaren Strafrechts bildet. Ob Freiheit oder Unfreiheit des Willens, das ist die grundlegende Frage im Schulenstreit. Wie Kollmann mit Recht betont, liegt gerade in der notwendigen Beziehung des Streites zur Annahme bezw. Negierung der Willensfreiheit der Punkt, aus welchem die Hoffnungslosigkeit der Streitlage verstanden werden kann. Hier heißt es notwendig aut — aut. Zwischen Ja und Nein gibt es keinen Mittelweg. Beide Annahmen laufen in direkt entgegengesetzter Richtung auseinander, sie stellen, um ein bekanntes Bild zu gebrauchen, die Schenkel eines Winkels von 180^0 dar; eine Mittellinie aber, eine Resultante zwischen entgegengesetzt wirkenden Kräften ist nicht denkbar. In der Entscheidung für oder gegen die Willensfreiheit liegt zugleich die Entscheidung für oder gegen das Strafrecht. Nur wenn sich alle Streiter auf den Boden des Indeterminismus stellen, handelt es sich nicht mehr um die Existenz des Strafrechts, sondern nur um seine Reformierung und ist allein die Möglichkeit einer Verständigung geschaffen. Der Sieg der Modernen aber, die Anerkennung ihrer Gesinnungsstrafe würde auf dem Gebiete der staatlichen Tätigkeit gegenüber dem Verbrechen zweifellos eine Revolution bedeuten, indem das Strafrecht zu Gunsten einer schrankenfreien Verbrechensprophylaxe abzudanken hätte.

Literatur-Verzeichnis.

Auer, Soziales Strafrecht 1903.

Beling, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht: Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, hrg. von Birkmeyer und Nagler, Heft I. 1908.

Berolzheimer, Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform: System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. V. 1907.

— Die akzessorische Natur der Teilnahme 1909.

Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft: Grünhuts Zeitschrift Bd. IV. 1877.

— Grundriß der Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Aufl. II. 1878.

von Birkmeyer, Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung: Goltdammers Archiv Bd. 48 1901.

— Das Strafrecht: Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Aufl. II. 1904.

— Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe: Gerichtssaal Bd. 67 1906.

— Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht, Aufl. VI. 1905; Aufl. VII. 1908.

— Strafe und sichernde Maßnahmen, Rektoratsrede 1906.

— Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der Modernen Richtung im Strafrecht 1907.

— Studien zu dem Hauptgrundsatz der Modernen Richtung im Strafrecht: Krit. Beitr. z. Str.-R.-Reform, Heft VII. 1909.

van Calker, Strafrecht und Ethik, Vortrag gehalten in der Generalversammlung des Vereins zur Fürsorge für entlassene Gefangene des Bezirks Unter-Elsaß 1897.

— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen 1899.

— Gutachten für den 26. Deutschen Juristentag über die Frage: Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuches in Aussicht zu nehmen? Verhandlungen des 26. Deutsch. Jur.-T. II. 1902.

— Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXX. 1909.

Ebermayer, Gutachten über die Frage: Welches Strafmittel-

system empfiehlt sich für das künftige Strafgesetzbuch? Verh. d. 29. Deutsch. Jur.-T. I. 1908.
Feder, Die Gesinnung des politischen Verbrechers: Z. Schr. f. d. g. Str.-R.-W., Bd. XXV. 1905.
Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe. Die Lehre Lombrosos. Zwei Vorträge 1908.
Goldschmidt, Strafen: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil IV. 1908.
Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage 1897.
Heilborn, Die kurze Freiheitsstrafe: Krit. Beitr. z. Str.-R.-R. Heft III. 1908.
Heimberger, Zur Reform des Strafvollzugs 1905.
— Strafkolonien: Neue Zeit- und Streitfragen, hrg. von der Gehestiftung in Dresden III. 1906.
— Was dürfen wir von einem neuen Strafgesetzbuch erwarten? 1909.
von Hippel, Strafrechtsreform und Strafzwecke 1907.
Hoegel, Die Einteilung der Verbrecher in Klassen: Krit Beitr. z. Str.-R.-R., Heft II. 1908.
Joël, Der freie Wille 1908.
Kahl, Das neue Strafgesetzbuch, Vortrag gehalten in der Gehestiftung 1907.
Köhler, Reformfragen des Strafrechts 1903.
Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff: Z. Schr. f. d. g. Str.-R.-W., Bd. XXVIII. 1908.
Lacmann, Willenstheorie und Unterlassungsdelikt: Goltd. Archiv, Bd. 56. 1909.
Liepmann, Strafrechtsreform und Schulenstreit: Z. Schr. f. d. g. Str.-R.-W., Bd. XXVIII. 1908.
von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 2 Bde. 1905.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts 16. und 17. Aufl. 1908.
— Die sichernden Maßnahmen in den drei Vorentwürfen: Oesterreichische Z. Schr. f. Str.-R., hrg. von A. Löffler, Jhrg. I. 1910.
Mayer M. E., Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901.
Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, zur Beleuchtung der neuen Horizonte in der Strafrechtswissenschaft: Festgabe für R. v. Ihering 1892.
Miricka, Die Formen der Strafschuld 1903.
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung Bd. IV. ff.

von Overbeck, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule: Krit. Beitr. z. Str.-R.-R., Heft IV. 1908.
Petersen, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht 1905.
— Kausalität, Determinismus und Fatalismus 1909.
Seuffert H., Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland 1902.
Spira, Die Zuchthausstrafe und die Gefängnisstrafe, ihre Differenzierung und Stellung im Strafgesetze. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform 1905.
Tesar, Der symptomatische Verbrechensbegriff: Z. Schr. f. d. g. Str.-R.-W., Bd. XXIX. 1909.
Träger L., Wille Determinismus, Strafe.
Treu, Die Deportation, die Gesellschaft und das Verbrechen: Z. Schr. f. soziale Wissenschaft 1905.
Ullmann, in Gerichtssaal Bd. 34. 1882.
— Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts 1893.
Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, Rektoratsrede 1902.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, hrg. von v. Liszt.